

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

La inserción laboral de las personas con discapacidad mental

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada

Directores

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Juan Gil Plana

Madrid, 2017

© Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

**LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD MENTAL**

AUTOR:

D. Carlos de Fuentes G^a-Romero de Tejada.

DIRECTORES:

Profa. Dra. Dña. Yolanda Sánchez-Urán Azaña.

Prof. Dr. D. Juan Gil Plana.

Madrid, 2015.

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD MENTAL**

Memoria presentada para obtener el Grado de Doctor en Derecho
realizada por el Doctorando D. Carlos de Fuentes G^a-Romero de
Tejada, bajo la dirección de los Profesores Doctores Dña. Yolanda
Sánchez-Urán Azaña y D. Juan Gil Plana.

Madrid, 2015.

A Onica, la mujer de mi vida, pues sin su permanente apoyo este trabajo no
hubiese visto la luz y a nuestros hijos Alba, Celia y Sofiam.

A mi madre y a la memoria de mi padre, eternamente
agradecido por la educación recibida.

“Mire vuestra merced, respondió Sancho, que aquellos que allí le parecen no son Gigantes, sino molinos de viento, y lo que en ellos parecen braços, son las aspas, que volteadas del viento hacen andar la piedra del molino”.

(Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha. Primera parte*, Edición Facsimil, 400 aniversario, Empresa Pública D. Quijote de la Mancha, Madrid, 2005, p. 26).

“Aprender a vivir es aprender a aceptar la imperfección y, a veces, a sobrellevarla”.

(Montaigne).

“Los problemas más graves que aparecen en nuestras sociedades desarrolladas y con elevado grado de bienestar provienen del hecho de que existen un sector de la población cada vez más numeroso que se queda al margen del universo de la mayoría”.

(AA.VV. “Introducción”, *El neoliberalismo en cuestión*, Cristianisme i Justícia/Sal Terrae, Barcelona/Santander, 1993, p. 15).

“Propongo un programa nacional de salud mental para contribuir a que en adelante se atribuya al cuidado del enfermo mental una nueva importancia y se lo encare desde un nuevo enfoque. Los gobiernos de todos los niveles federal, estatal y local, las fundaciones privadas y los ciudadanos deben por igual hacer frente a sus responsabilidades en este campo”.

(John F. Kennedy, declaración ante el Congreso de los EE.UU., 05/02/1963).

ÍNDICE

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y REGLA DE ESTILO UTILIZADA.....	13
RESUMEN.....	17
ABSTRACT.....	19
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I: LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL.....	31
A. Concepto de Discapacidad.....	31
1. La definición legal de Discapacidad	33
2. La Discapacidad, concepto jurídico indeterminado	35
3. La esencia de la Discapacidad, la falta de medidas de apoyo para superar la limitación que provocan las barreras sociales.....	36
4. El concepto de discapacidad en la jurisprudencia del TJUE.....	41
5. La necesidad de un mayor protagonismo de los apoyos en la propia noción de Discapacidad.....	47
6. La consideración de persona con discapacidad	51
7. Discapacidad e Incapacidad, dos conceptos confundidos históricamente que ahora la ley los identifica parcialmente.....	54
B. Tipos de discapacidad y en especial la discapacidad mental	57
1. Tipos de discapacidad	57
2. La “nueva” discapacidad mental.....	59
3. Requisitos del trastorno mental para generar discapacidad.....	62
4. Déficits provocados en la persona por el trastorno mental.....	66
5. El reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad mental.....	71
6. Dificultades de inserción laboral del colectivo	76
7. Efectos beneficiosos del trabajo para las PCDM	81
8. Principales apoyos para la inserción laboral y el mantenimiento del puesto de trabajo para las PCDM.....	83

CAPÍTULO II. IGUALDAD MATERIAL Y DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL.	87
A. Introducción.	87
B. Mecanismos de garantía del derecho a la no discriminación. Una primera aproximación.	93
C. El trato desigual de los desiguales: las medidas de igualdad de oportunidades y no discriminación.	95
1. El marco jurídico internacional, comunitario y nacional de la igualdad de oportunidades y no discriminación.	98
2. Las conductas prohibidas en el derecho antidiscriminatorio.	103
D. Las acciones para colectivos históricamente segregados: las medidas de acción positiva y de discriminación inversa.	106
E. Las medidas de igualación individual: los ajustes razonables para PCD.	111
F. Análisis comparativo de las garantías antidiscriminatorias en materia de discapacidad, sexo o género y edad.	115
CAPÍTULO III. FASES PREVIAS A LA RELACIÓN LABORAL. MEDIDAS DE APOYO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL	123
A. El proceso de acceso a un puesto de trabajo para PCDM.....	127
1. <i>La libertad de contratación empresarial y el límite del derecho a la no discriminación en el acceso al empleo</i>	127
2. <i>Proceso de acceso al empleo discriminatorio para una PCDM y sus consecuencias jurídicas.</i>	134
a) <i>El diseño de la oferta de empleo: el perfil del puesto y del candidato</i>	135
b) <i>Consecuencias jurídicas para la empresa por una oferta de empleo contraria a Derecho</i>	141
c) <i>El proceso de selección. Especial referencia a la entrevista personal</i>	147
B. Las prácticas no laborales o prelaborales.....	155
1. <i>La necesidad de las prácticas no laborales para la inserción laboral de las PCDM</i>	156
2. <i>La regulación actual de las prácticas no laborales</i>	159
3. <i>Propuesta de regulación específica de las PNL para PCDM</i>	164

CAPÍTULO IV. RELACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO	171
A. <i>La necesidad de empresas sociales (Centros Especiales de Empleo) para la inclusión laboral de las PCDM</i>	172
B. <i>Seguridad y salud de los trabajadores con discapacidad mental.</i>	
<i>Planteamiento general.</i>	179
1. El conocimiento por la empresa de la discapacidad mental del nuevo trabajador.....	182
2. La consideración de las PCDM como Trabajadores Especialmente Sensibles	196
C. <i>Los riesgos que afectan especialmente a los TCDM: los riesgos psicosociales.</i>	200
1. Aproximación conceptual	200
2. Variables a evaluar.....	204
3. Métodos de evaluación (remisión).....	209
D. <i>La adaptación psicosocial del puesto de trabajo</i>	211
1) Las adaptaciones del puesto de trabajo relacionadas con el tiempo de trabajo	218
2) La acogida del TCDM en la empresa y, específicamente, la formación	231
3) El apoyo y seguimiento del trabajo por parte de profesionales sociosanitarios	234
E. <i>Vigilancia de la salud de los trabajadores con discapacidad mental</i>	238
1. La comprobación inicial del estado de salud de la PCDM.....	241
2. Los exámenes de salud para TCDM y su periodicidad	248
CAPÍTULO V. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD MENTAL.....	253
A. Concepto de Protección Social.....	254
B. Breve aproximación histórica a la protección social de las PCDM	264
1. Siglo XIX	265

Índice

2.	<i>Siglo XX primera etapa, hasta la creación de la Seguridad Social</i>	266
3.	<i>Siglo XX segunda etapa, la creación del Sistema de Seguridad Social</i>	270
4.	<i>Siglo XX tercera etapa, tras la Constitución de 1978:</i>	273
C.	Protección económica de la Discapacidad y su compatibilidad con el empleo	275
1.	Prestaciones sociales durante el proceso de recuperación para el empleo. ...	276
a.	Prestaciones del Sistema de Seguridad Social.....	281
i)	<i>Prestación No Contributiva de Invalidez</i>	281
ii)	<i>Prestación Por Hijo a Cargo con Discapacidad</i>	291
iii)	<i>Renta Activa de Inserción.</i>	293
iv)	<i>Pensión de Orfandad, un apunte para una situación muy específica.</i>	295
v)	<i>Compatibilidad entre las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el empleo para una PCDM en fase de recuperación para el empleo. Propuesta de conjunto.</i>	298
vi)	<i>Compatibilidad entre las prestaciones económicas y la incorporación a un programa de inserción laboral. Propuesta de conjunto</i>	302
b.	Prestaciones económicas recogidas en la LGD.....	303
c.	Ayudas económicas de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas....	305
2.	Incapacidad Temporal del trabajador con Discapacidad mental y, en particular, sobre cuando ésta termina en un proceso de Incapacidad Permanente.....	312
3.	Incapacidad Permanente Absoluta derivada de una Enfermedad Mental.....	322
	CONCLUSIONES.....	341
	ANEXO I: BAREMO DE VALORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL.....	351
	BIBLIOGRAFÍA CITADA	355

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y REGLA DE ESTILO UTILIZADA

AA.VV.	Autores varios.
Art.	Artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española de 1978.
CEE	Centro Especial de Empleo.
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.
CIE o CIE-10	Décima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades sistema recomendado por la OMS.
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada por la 54ª Asamblea General de la OMS en mayo de 2001.
Cit.	Obra citada anteriormente.
Convención	Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea de la ONU el 13 de diciembre de 2006, junto con su Protocolo Facultativo, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008.
Coord.	Coordinador.
CRL	Centro de Rehabilitación Laboral para PCDM. Servicio Social público especializado existente en varias CC.AA. con diferentes denominaciones.
CV	Currículum Vitae.
D	Discapacidad.
DA	Disposición Adicional.
Dir.	Director.
DO o DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DSM o DSM-IV-TR	Asociación Americana de Psiquiatría. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders). En la actualidad, se encuentra en la cuarta edición revisada.

Ed.	Editores.
Estrategia	Estrategia Española de Discapacidad 2012-2020, aprobada por el Consejo de Ministros de 14/10/2011, a propuesta de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad. Accesible en: http://sid.usal.es/libros/discapacidad/26112/8-4-1/estrategia-espanola-sobre-discapacidad-2012-2020.aspx .
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.
Et al.	Y otros, del latín altre.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
FONAS	Fondo Nacional de Asistencia Social, extinto ya.
INSERSO	Instituto Nacional de Servicios Sociales, Entidad Gestora de la Seguridad Social creada por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión institucional de la Seguridad Social, “para la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones de la Seguridad Social”. Actual IMSERSO.
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
IPA	Incapacidad Permanente Absoluta.
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
IPT	Incapacidad Permanente Total.
IT	Incapacidad Temporal.
LGD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre).
LGSS	Ley General de la Seguridad Social.
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las PCD, refundida en la actual LGD.
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de personas con discapacidad (BOE de 30 de abril).
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto y corrección de errores en BOE de 22 de septiembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), Reguladora de la Jurisdicción Social.
LOPS	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (BOE del 14), de protección de datos de carácter personal.
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado.
LPNC	Ley de Prestaciones No Contributivas de la Seguridad Social, de 20 de diciembre de 1990.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
NTP	Nota Técnica de Prevención realizada por el INSHT.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
P.	Página.
PCD	Persona con Discapacidad.
PCDM	Persona con Discapacidad Mental.
PHC	Prestación por Hijo a Cargo.
PNCi	Prestación No Contributiva de Invalidez.
PNL	Prácticas No Laborales en empresa.
PTMG	Persona con Trastorno Mental Grave.
RAE	Real Academia de la Lengua.
RAI	Renta Activa de Inserción.
RCUD	Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.
RD	Real Decreto.
RDLeY	Real Decreto Ley.
RDPD	Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.
RPNC	Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrollan en materia de pensiones no contributivas la LPNC.
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención, Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.
SEREM	Servicio Social de Rehabilitación y Recuperación de Minusválidos Físicos y Psíquicos (se extingue en 1978 cuando sus funciones pasan al

	INSERSO).
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, antecedente de la actual Pensión pública de Jubilación y de la de Incapacidad.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TCDM	Trabajador con Discapacidad Mental.
TES	Trabajador Especialmente Sensible a determinados riesgos laborales.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión consolidada publicada por Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.
TUE	Tratado Unión Europea.
UE	Unión Europea.
Vid.	Del latín Videre, que significa ver.

Regla de estilo: en este trabajo se ha utilizado el género masculino como neutro inclusivo.

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre las medidas jurídico-laborales y de protección social necesarias para conseguir la efectiva inserción laboral de las personas con discapacidad mental. Con este término nos referimos a las personas que padecen una enfermedad o trastorno mental grave y persistente en el tiempo. Esta expresión entendemos que es la que más se ajusta a la terminología de la Convención de la ONU de Derechos de las Personas con Discapacidad y, por ello, abogamos porque se extienda.

Las estadísticas de inclusión laboral de este colectivo son muy preocupantes: apenas un 5% consigue mantener un puesto de trabajo regular, más del 80% no tiene empleo y la tasa de actividad, en datos de diciembre de 2014, es sólo del 31%, cuarenta y seis puntos menos que la población sin discapacidad. En total se estima que a día de hoy un 9% de la población española padece un trastorno mental, entre 1 y 2 personas de cada mil sufre una enfermedad mental grave y la Organización Mundial de la Salud considera los problemas de salud mental como una de las graves amenazas para el incremento de las personas con discapacidad en el mundo. Actualmente, el conjunto del gasto social para hacer frente a este grupo de patologías (incluyendo tratamientos médicos, farmacológicos, prestaciones públicas, etc.), representa entre un tres y un cuatro por ciento del Producto Interior Bruto. Está demostrado que la inserción laboral es un factor que mejora el devenir de la enfermedad y reduce los ingresos hospitalarios por lo que este tema es de una importancia social y económica de primer orden.

En la memoria que se presenta se han estudiado los apoyos necesarios desde el ámbito jurídico-laboral y de protección social para lograr la inserción laboral del colectivo, a excepción de las medidas y subvenciones económicas porque éstas han demostrado ser absolutamente insuficientes para lograr este objetivo dadas las tasas de empleo de las personas con discapacidad mental antes aludidas.

Tras la descripción del colectivo, se ha analizado el derecho a la no discriminación y a la igualdad material de las personas con discapacidad mental asentados desde el Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE.

Desde el ámbito jurídico-laboral se ha investigado la fase previa al contrato de trabajo viendo los cambios necesarios tanto en el proceso de selección (elaboración de la oferta de empleo, entrevista de trabajo, etc.), como la importancia de la realización de prácticas no laborales para la inclusión de las personas con discapacidad mental por lo que se ha propuesto una regulación específica de la materia.

A continuación, además de identificar la existencia de Centros Especiales de Empleo como un importante apoyo para la inserción laboral de un porcentaje importante de estas personas que, por su discapacidad, no logran entrar a trabajar en el mundo empresarial ordinario, se ha estudiado la fase inicial del contrato de trabajo, fundamentalmente, la Seguridad y salud de las personas con discapacidad mental como medio para la adaptación del puesto de trabajo, sobre todo desde el punto de vista psicosocial. Superado el período de prueba se puede entender que la inclusión laboral es un hecho y, por ello, no se han detallado todos los efectos que la enfermedad mental grave puede suponer en el resto de materias de la relación laboral (vicisitudes, extinción, etc.).

Desde el prisma de la protección social, se han desgranado las ayudas económicas a las que actualmente pueden acceder las personas con discapacidad mental tanto en el ámbito de la Seguridad Social como de Servicios Sociales, identificando algunos problemas tanto de sobreprotección como de infraprotección y se han propuesto soluciones al respecto.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad mental, Trastorno mental, inserción laboral, Prácticas no laborales, proceso de selección, Seguridad y salud, Protección Social.

ABSTRACT

The present work turns on the juridical-labor measures and of social protection necessary to obtain the effective labor insertion of the persons with mental disability. With this term we refer to the persons who suffer a serious and persistent mental disorder. This expression we understand that it is the one that more adjusts to the terminology of the Convention of the UNO of Laws of the Persons with Disability and, for this reason, we plead because it spreads.

The statistics of labor incorporation of this group are very worrying: Scarcely 5 % manages to support a regular working place, more than 80 % does not have employment and the rate of activity in December 2014 is only 31%, forty six points less than the population without disability. In total it thinks that a today 9 % of the Spanish population suffers a mental disorder, between 1 and 2 persons of every thousand it suffers a serious mental illness and the World Health Organization considers to be the problems of mental health one of the serious threats for the increase of the persons with disability in the world. Nowadays, the set of the social expense to face to this group of pathologies (Including medical, pharmacological treatments, public presentations, etc.) it represents between three and one four per cent of the Gross Domestic Product. It is demonstrated that the labor insertion is a factor that it improves to develop of the disease and to reduce the hospitable income for what this topic performs a social and economic importance of the first order.

In the memory that one presents the necessary supports have been studied from the juridical-labor area and of social protection to achieve the labor insertion of the group with the exception of the measures and economic subsidies because these have demonstrated to be absolutely insufficient to achieve this aim, given the rates of employment of the persons with mental disability before alluded.

After the description of the group, has analyzed the right to not discrimination and to the material equality of the persons with mental disability seated from the Law of the European Union and the jurisprudence of the TJUE.

From the juridical - labor area there has been investigated the phase before the contract of work seeing the necessary changes so much in the process of selection (production of the offer of employment, interview of work, etc.), as the importance of the accomplishment of not labor practices for the incorporation of the persons with mental disability for what one has proposed a specific regulation of the matter.

Later, beside identifying the existence of Special Centers of Employment as an important support for the labor insertion of an important percentage of these persons who, for his disability, do not manage to begin to be employed at the managerial ordinary world, there has studied the initial phase of the contract of work, fundamentally, the Security and Health of the persons with mental disability as way for the adjustment of the working place, especially from the point of view psicosocial. Overcome the period of test can understand that the labor incorporation is a fact and, for this reason, There have not been detailed all the effects that the serious mental illness can suppose in the rest of matters of the labor relation (vicissitudes, extinction, etc.).

From the prism of the social protection, there have fallen the economic aids to which the persons with mental disability nowadays can accede so much in the area of the National Health Service as of Social Services, identifying some problems so much of overprotection as of vulnerability and we have proposed solutions in the matter.

KEY WORDS: Mental Disability, mental Disorder, labor insertion, not labor Practices, process of selection, Security and Health, Social Protection.

INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) considera la salud mental como un componente integral y esencial de la salud. Partiendo de su concepción de ésta como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»¹, la salud mental debe entenderse como algo más que la ausencia de trastornos o discapacidades mentales. Por ello, define la Salud Mental como «un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de contribuir a su comunidad»². Ahora bien, tener algún problema de salud mental es más frecuente de lo que se desearía. En 2011, la OMS concluyó que una de cada cuatro personas sufrirá algún problema de salud mental a lo largo de su vida³ y es interesante reflejar el consenso existente en establecer que entre un 1,5 y un 2,5 por mil de la población sufre un trastorno mental grave⁴. En el mundo padecen una enfermedad mental unos 450 millones de personas y este tipo de trastornos, en su conjunto, representa la principal causa de discapacidad a nivel

¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Salud mental: fortalecer nuestra respuesta”, Nota descriptiva número 220, marzo de 2014, accesible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/es/> [último acceso: 14/07/2014].

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mental Health Atlas 2011*, Department of Mental Health and Substance Abuse, 2011, accesible en http://www.who.int/mediacentre/multimedia/podcasts/2011/mental_health_17102011/en/ [último acceso: 22/09/2014].

⁴ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 81.

internacional. En España, según datos de la propia OMS, los trastornos mentales y neuropsiquiátricos representan el 27,4% del conjunto de enfermedades existentes en nuestro país⁵. Y ello a pesar de que estos trastornos tienen un déficit de tratamiento en los países ricos como el nuestro entre un 35 y un 50%⁶ por lo que aquel porcentaje podría llegar a ser más elevado. En total se estima que en la actualidad un 9% de la población española padece una enfermedad mental⁷. Asimismo, el coste económico de la atención social de este tipo de enfermedades se estima que pueda ser entre un 3 y 4% del Producto Nacional Bruto en los países europeos⁸.

Por lo que respecta al ámbito laboral, según datos de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT)⁹ los trastornos mentales están aumentando hasta convertirse en el motivo más común para la asignación de pensiones de incapacidad. Asimismo, la tasa de desempleo de las personas con enfermedad mental grave, que son como luego veremos las que podemos entender que tienen una discapacidad mental (en adelante, PCDM), está por encima del 80% en distintas sociedades de nuestro

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mental Health Atlas 2011*, citado.

⁶ Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Carga mundial de trastornos mentales y necesidad de que el sector de la salud y el sector social respondan de modo integral y coordinado a escala de país”, 65ª Asamblea Mundial de la Salud, 25/05/2012, accesible en http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA65/A65_R4-sp.pdf. [último acceso: 22/09/2014].

⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Mental Health: facing the challenges, building solutions*, 2005.

⁸ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Editado por el propio Ministerio, 2006, citado por AA.VV., FERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Guía de Productos de Apoyo para personas con trastorno mental*, versión electrónica accesible en: <http://www.fundacionmanantial.org/guia/guia.html>. De ahí que VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 7, considere a la Salud Mental como el “Desafío socio-sanitario del siglo XXI”.

⁹ En el estudio de la OIT, *Mental Health in the workplace: introduction*, Ginebra, Octubre de 2000, citado por VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 9.

entorno¹⁰, e incluso en algunos estudios se indica que puede llegar al 90% o más¹¹. Y, más aún, sólo el 5% de las PCDM logra tener un empleo estable¹². Asimismo, es junto con la discapacidad intelectual, el tipo de Discapacidad al que le cuesta entrar más en el mundo empresarial¹³ pues parece que existe dentro de los responsables de selección y contratación de las empresas una jerarquía dentro de las diversas tipologías de discapacidad, siendo las de tipo físico y sensorial las mejor valoradas y las psiquiátricas y emocionales las que menos¹⁴.

Todas estas cifras sobre el colectivo de personas con discapacidad (en adelante, PCD) causada por una enfermedad mental (PCDM) muestran la importancia del mismo tanto para el ámbito sanitario como para la sociedad

¹⁰ LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., "Rehabilitación laboral y programas de empleo", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010, p. 515.

¹¹ ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., "Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional", *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo* (Internet), nº57, Suplemento 1, 2011, pp. 206-223, específicamente p. 207 en la cual cita tres estudios sobre la materia que son los siguientes: Larson JE, Ryan CB, Wassel AK, Kaszynski KL, Ibara L, Glenn TL, Boyle MG., "Analyses of employment incentives and barriers for individuals with psychiatric disabilities", *Rehabilitation Psych*, nº56, 2011, pp. 145-149; Kennedy RB, Harris NK., "Employing persons with severe disabilities: Much work remains to be done.", *Journal Employment Couns*, nº42, 2005, pp. 133-139 y Crowther RE, Marshall M, Bond GR, Huxley P., "Helping people with severe mental illness to obtain work: A systematic review", *BMJ*, nº 322, 2001, pp. 204-208.

¹² COMUNIDAD DE MADRID Y OBRA SOCIAL "LA CAIXA", *Estigma social y enfermedad mental*, Madrid, 2006, citado por AA.VV., FERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Guía de Productos de Apoyo para personas con trastorno mental*, citado.

¹³ Vid. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2012 y año 2013*, publicadas, respectivamente, en diciembre de 2013 y de 2014. En 2013 eran las PCDM las que presentaban una menor tasa de actividad (27,1%), seguido por la discapacidad intelectual que le aventajaba en 1,7%. Por su parte, en 2014 es ahora la discapacidad mental quien aventaja a la intelectual en poco más de un punto. Frente a ello, la tasa de actividad de las personas con discapacidad por déficit auditivo es del 57%. Por tanto, a las PCDM junto a las que tienen discapacidad intelectual son a las que más les cuesta el acceso al mundo laboral.

¹⁴ ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., "Trabajadores con discapacidad...", cit., pp. 212-213.

en su conjunto. Por todo ello, el tema objeto de análisis, la inserción laboral de las PCDM tiene unas consecuencias sociales de primera magnitud.

La inclusión en el mundo laboral de las personas con discapacidad “es un objetivo con bases constitucionales y legales expresas”¹⁵, tanto nacionales como comunitarias e internacionales.

En el ámbito internacional y de Naciones Unidas, como botón de muestra, baste recordar aun sin ánimo de exhaustividad¹⁶ por un lado, el art. 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 recoge el “derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” y, por otro, la reciente Convención de Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos de las PCD¹⁷ (en adelante, la Convención) la cual recoge, especialmente en sus artículos 8.1.c); 8.2.a.iii) y 27, el derecho al trabajo y la necesidad de habilitar políticas de promoción de las oportunidades de empleo. Dentro del contexto internacional debe hacerse referencia específicamente a la OIT y, específicamente, al Convenio 159 OIT, suscrito en 1983, y la Recomendación número 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas que complementa el mencionado Convenio¹⁸. La finalidad de estos instrumentos es

¹⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J., “Introducción”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 23. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., “La protección de los colectivos desfavorecidos: jóvenes, mujeres, minusválidos y personas de la tercera edad”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 1429-1430.

¹⁶ Para un estudio en profundidad, COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en AA.VV., DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C., (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 277-318.

¹⁷ Aprobada por la Asamblea de la ONU el 13 de diciembre de 2006, junto con su Protocolo Facultativo, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008.

¹⁸ Ambos accesibles en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304 (Convenio 159).

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R168 (Recomendación 168).

permitir a las PCD obtener, conservar y progresar en un empleo y de esta manera promover su integración en la sociedad. Esta readaptación debe ser formulada, aplicada y revisada de forma periódica por los Estados miembros. Se formula en clave de igualdad de oportunidades de las PCD y, para lograrla de forma efectiva, se establece la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva y de ajustes razonables por parte de los Estados miembros (especialmente puntos 7, 8, 9 y 13 de la Recomendación).

Por lo que respecta al espacio europeo, son ya múltiples las referencias a las PCD. Sin perjuicio de lo que indicaremos más adelante y, por ahora, con la única intención de traer a colación dos normas básicas¹⁹, señalamos el artículo 1, Parte III de la Carta Social Europea²⁰ el cual reconoce como uno de los principales objetivos de la política social de los Estados miembros el logro de una situación de pleno empleo, consagra el “Derecho al trabajo”²¹ y enuncia el cuadro mínimo de medidas necesarias “para garantizar el ejercicio efectivo” del mismo. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²² que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, ha adquirido el mismo carácter vinculante que los Tratados, establece en su artículo 21.1 la prohibición de toda discriminación, y señala específicamente

¹⁹ Vid. un buen resumen tanto de la UE como de la ONU y del Consejo de Europa en, BLANCO EGIDO, E. “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea, en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp. 95-119.

²⁰ Celebrada en 1961 y ratificada por nuestro país el 29 de abril de 1980.

²¹ Sobre este derecho social, además de lo que posteriormente se dirá en este trabajo, vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al Empleo”, en, AA.VV., *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 1.323-1.369. sobre este derecho adaptado a las PCD, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, Documentos 10/2003, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 5ª edición, septiembre 2003.

²² Formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, D.O.C.E. de 18/12/2000, accesible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

la discapacidad entre los posibles factores de discriminación. Asimismo, en su artículo 26 señala el reconocimiento y respeto de los derechos subjetivos de las PCD a beneficiarse de medidas tendentes a garantizar su autonomía, integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad²³.

Entrando ya en nuestro ordenamiento jurídico, la inclusión laboral de las PCD está recogida como una auténtica obligación para los poderes públicos empezando por nuestra Carta Magna en su artículo 49 que indica literalmente:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica, a las que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”²⁴.

Como se sabe, entre los preceptos que establece el Título I de la Constitución Española (en adelante, CE) se encuentra el derecho al trabajo (art. 35 CE) que como indica ESTEBAN LEGARRETA “el derecho al trabajo de los trabajadores con discapacidad deviene un derecho cualificadamente prestacional”²⁵. Como asevera MONTOYA MELGAR, todo el modelo de convivencia de nuestra sociedad, delineado por nuestra CE está impregnado “de un importante sentido social, que está presente tanto en los valores superiores en los que la Ley Fundamental ancla todo el ordenamiento jurídico como en el reconocimiento de unos derechos sociales (y más concretamente laborales) y de unos principios inspiradores de la política social y económica”²⁶.

²³ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 216.

²⁴ La cursiva es nuestra para reescribir la dicción constitucional conforme a lo establecido en la Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, la conocida como “Ley de Dependencia”, que estableció que “*las referencias que en textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalía se entenderán realizadas a personas con discapacidad*”. En adelante, se realizará esta conversión terminológica exigida por ley, sin necesidad de indicar expresamente este mandato de la Ley de Dependencia recién citado.

²⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, Ibídem Ediciones, 1999, p. 121.

²⁶ Vid. “El trabajo en la Constitución”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 35.

Se reconoce la obligación de todos los poderes públicos de tener una consideración especial al colectivo de las PCD y, en consonancia con la consideración de Estado Social (art. 1.1 CE), “remover los obstáculos que impidan o dificulten” su participación “en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE).

En desarrollo de esta previsión constitucional se encuentra el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en adelante LGD²⁷. Merece resaltarse a este respecto, por una parte, su artículo 57.1 en el cual se establece la obligación de los poderes públicos para con las PCD de garantizar los apoyos adecuados para lograr su inclusión social y laboral, así como unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y, por otra, el Capítulo VI (arts. 35 y ss.) que específicamente desarrolla el Derecho al trabajo del colectivo.

Tal obligación pública de promover la inclusión laboral de las PCD tiene su raíz en la importancia, comúnmente aceptada, que para el ser humano tiene la realización de un trabajo pues, además del aspecto económico que supone el dinero que por él se puede percibir, el hecho de trabajar está en la base del crecimiento personal y colectivo de toda la humanidad²⁸. Es por esta razón por

²⁷ BOE de 3 de diciembre de 2013.

²⁸ BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 33 “el trabajo, en abstracto, es un factor necesario de la vida humana (...) sin trabajo la vida humana en cuanto tal, genéricamente la vida humana de la Humanidad, es imposible”. Asimismo, vid. la interesante reflexión de DEL RÍO, E. “Los desafíos de la inserción social”, en BASTIDA, A. (Ed.) y RODRÍGUEZ, E. M^a. y MORALES, J. L. (Coords.), *La inserción sociolaboral: reflexiones sobre la práctica*, Editorial Popular, Madrid, 2001, pp. 32-33 “quien no ha tenido la oportunidad de trabajar (deber y derecho), ha sido privado de experimentar y sentir lo que es el valor del trabajo y tampoco puede percibir el valor que tiene la acumulación histórica de técnicas heredadas, que han sido aportadas por las sucesivas generaciones. O sea el valor que tiene un ordenador, un bolígrafo, una cabina telefónica, una fruta madura, un pan bien hecho, un jardín oloroso y bien cuidado, o cómo hemos llegado a volar surcando los aires con tanta velocidad, etc., está fuera de su circuito de comprensión. Para valorar todo ello hay que haber participado en algún proceso de producción industrial o agrícola, o en la prestación de un servicio de cualquier índole. Por eso es tan importante el trabajar, no sólo como un derecho, sino también como un deber, para sentir así la aportación que uno hace al servicio de los demás, a través de su trabajo”.

la cual en el presente estudio nos vamos a centrar en el trabajo como exponente de la inserción para las PCDM en la vida económica y social de cualquier país.

Como consecuencia de estos preceptos principales que acabamos de resumir, tanto internacionales, como de la Unión Europea y nacionales, se ha establecido una profusa legislación, con tendencia al crecimiento²⁹, que tiene como nudo gordiano procurar contrarrestar y compensar la mayor dificultad en el acceso al empleo que tienen las PCD³⁰ pues, de otra manera, no llegarían a conseguir un trabajo y, como afirma CASAS BAAMONDE “la imposibilidad del ejercicio de los derechos no es cosa distinta, en sus efectos, a la ablación llana y lisa de su titularidad”³¹. El análisis de esta normativa será el objeto del presente estudio con la finalidad de comprobar en qué medida sirve al propósito general de inclusión social³² de las PCDM a través del empleo.

- - -

En el presente trabajo de investigación se pretenden estudiar las disciplinas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para analizar cómo han de adaptarse, corregirse o interpretarse para conseguir la efectiva inserción laboral de las PCD que padecen una enfermedad mental. Este es el eje vertebrador de todo el estudio que se ha dividido en cinco partes bien diferenciadas. Tras una primera parte introductoria en la que se definirá el

²⁹ PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R. “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad”, en AA.VV. *Tratado sobre discapacidad*, cit., p. 1.554. “A pesar de esta profusión normativa, cualquier juicio sobre lo que puede ocurrir en el futuro próxima pasa por la afirmación, nada aventurada, de que la regulación sobre la discapacidad va a seguir creciendo, va a continuar ampliándose en número (esperemos también que en eficacia)”.

³⁰ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 216.

³¹ Prólogo al *Tratado sobre discapacidad*, DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), cit., p. 43.

³² Sobre este concepto, vid. VILLALOBOS, E. y ZALAKAIN, J., “Delimitación conceptual de la inclusión social”, en AA.VV., (PÉREZ BUENO, L.C., Dir.), *Discapacidad, Tercer Sector e inclusión social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pp. 25-50.

colectivo protagonista de esta memoria y se identificarán tanto las principales dificultades para su incorporación al mundo laboral como los beneficios que ésta puede tener para el desenvolvimiento de la propia discapacidad mental, se estudiará a continuación (capítulo II) la naturaleza jurídica de las medidas de apoyo que precisan las PCD en general y las PCDM en particular para superar las barreras sociales que existen para con su discapacidad. A partir de aquí se seguirá un criterio temporal comenzando con los problemas jurídicos previos a la presencia del contrato de trabajo (capítulo III), continuando con la adaptación necesaria del puesto de trabajo y de la propia relación laboral (capítulo IV), para terminar con el estudio de la protección social del trabajador con discapacidad mental (capítulo V). El trabajo concluirá con la recogida sistemática de sus principales conclusiones y propuestas de lege ferenda (capítulo VI).

Como otro apunte metodológico, en esta investigación no hemos analizado los apoyos económicos para la inclusión laboral de las PCD que se han puesto en marcha desde hace varias décadas sino que nos hemos querido centrar en identificar el resto de medidas de apoyo necesarias para la consecución de tal objetivo. Y ello por dos razones fundamentales. Primero, porque los incentivos y medidas de carácter económicos ya han sido estudiados con detalle por doctrina autorizada³³ y, en segundo término, porque dadas las estadísticas apuntadas al principio de este trabajo, estas ayudas monetarias y de reducciones y subvenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social no son, en absoluto, suficientes para conseguir la efectiva incorporación al trabajo de las

³³ Vid., entre otros, LAHERA FORTEZA, J., "Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; Asimismo, NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000. Más recientes, CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 y PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, Valladolid, 2015; Otro estudio sobre el particular, TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000. También, esta vez centrándose en el trabajo protegido en Centros Especiales de Empleo, ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., "Los incentivos laborales a la actividad de los Centros Especiales de Empleo", en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dir.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PCDM³⁴. Es evidente que se precisan otro tipo de apoyos jurídicos y de Protección Social y llegar a catalogarlos y desarrollarlos es el interés de nuestra investigación.

Puede afirmarse con ESTEBAN LEGARRETA “que los ciudadanos con discapacidad son acreedores preferentes de trabajo, y los poderes públicos y los interlocutores sociales deberán actuar en consecuencia”³⁵. Si ello es válido para todas las PCD específicamente lo es para las personas que presentan la discapacidad como consecuencia de algún tipo de enfermedad mental, para quienes el trabajo profesional tiene aún si cabe mayor relevancia debido a que, como se verá más adelante, están comprobados los efectos beneficiosos que su ejecución tiene para la recuperación de su enfermedad³⁶. Para poder desarrollar esta aseveración, es necesario delimitar primero el colectivo protagonista del presente estudio, esto es, analizar a quiénes nos referimos con el concepto de PCDM, a continuación escudriñar en qué consiste su discapacidad y cuáles son los apoyos necesarios (especialmente en el ámbito laboral), para después ver los efectos terapéuticos que para dicho colectivo tiene la realización de un trabajo profesional. Todo ello lo pasamos a realizar en el siguiente capítulo.

³⁴ Sobre el fracaso de las sucesivas reformas de las incentivaciones y bonificaciones de la contratación que ha dado lugar a un “Derecho contingente y transitorio”, vid. CASAS BAAMONDE, M. E., “Derecho del Trabajo y Empleo”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2012, p. 5.

³⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 121, pues como afirma pocas páginas más adelante, p. 125: “si el trabajo constituye una de las experiencias más importantes de la vivencia humana, lo es mucho más para las personas con discapacidad”.

³⁶ Con el concepto de recuperación de la enfermedad mental, en inglés *recovery*, se pone de manifiesto una nueva forma de entender los problemas de salud mental. Se trata de que la persona más que curarse, se recupere, esto es, pueda volver a tener un sentido de su vida, con independencia de la enfermedad mental grave y sus síntomas y consecuencias, incluso aunque éstos se mantengan y no remitan totalmente. Existe ya numerosísima bibliografía al respecto. Vid., entre otros, Liberman, R. P. y Kopelwicz, A., “Un enfoque empírico de la recuperación de la esquizofrenia: definir la recuperación e identificar los factores que pueden facilitarla”, en *Rehabilitación Psicosocial*, 1(1), 2004, pp. 12-29.

CAPÍTULO I: LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

Para llevar a cabo la delimitación del colectivo de PCDM, partiremos del concepto de discapacidad para, a continuación, analizar los diferentes tipos que hay (física, mental, sensorial e intelectual), centrándonos en la mental.

A. Concepto de Discapacidad

La Discapacidad es una realidad social y, por ende, jurídica que cuenta ya con una sólida tradición científica³⁷. Prescindiendo de la historia del concepto de discapacidad y su diferenciación con otras figuras como minusvalía al entender ya superada esta fase³⁸, seguimos a DE LORENZO y PÉREZ BUENO en el *Tratado sobre Discapacidad* para entender este concepto como una diferencia específica de las personas a las que afecta que genera una situación de desigualdad social objetiva de partida que conlleva la necesidad de establecer medidas de apoyo y de acción positiva³⁹ para alcanzar la igualdad de

³⁷ El mayor exponente de ello, aunque no único, es el vasto *Tratado sobre Discapacidad* publicado en nuestro país en 2007, su referencia es AA.VV., DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

³⁸ Sobre el particular, vid., además de los diferentes capítulos del ya citado *Tratado sobre Discapacidad*, el extenso y completo trabajo de GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., pp. 27-87, y las monografías de TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000 y *Cincuenta cuestiones básicas en materia de personas con discapacidad*, Grupo Difusión, Madrid, 2011, en especial pp. 47-63. También, el importante trabajo de ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., p. 35.

³⁹ Sobre tales medidas, vid. extensamente, GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. También DE ASÍS, R., CAMPOY, I. y BENGOCHEA, M^a. Á., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en *Tratado sobre discapacidad*, cit., p. 116, que indican con total claridad que “el principio de no discriminación podría resultar insuficiente para el logro de una vida humana digna (que, como ya se señaló, constituye el fundamento de los derechos), haciéndose necesaria la adopción de ciertas medidas de diferenciación positiva”.

oportunidades real⁴⁰. Estas diferencias, que evolucionan con el tiempo⁴¹, tienen su origen en la imposibilidad de la sociedad de ser inclusiva para todas las diversidades humanas. Esto es, la sociedad encierra un entorno inadecuado para el colectivo de personas que presentan una deficiencia de algún tipo, - cuestión en la que nos detendremos en el punto siguiente-, porque está diseñado en el parámetro de “persona media⁴²”. De la interacción entre esta sociedad y las personas con este tipo de deficiencias que viven en ella surgen barreras que pueden impedir o, cuanto menos, dificultar la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Seguimos, pues, el llamado “modelo social” que como indican DE ASÍS, BARRIFFI y PALACIOS⁴³ considera a la discapacidad “como un fenómeno cuyo origen se debe en gran medida a causas sociales, que no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. En consecuencia, el manejo del tema requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias, a fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad”. En otras

⁴⁰ Aunque ya está derogada por el Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recogemos las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, conocida comúnmente por su acrónimo LIONDAU, “Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país”.

⁴¹ Letra e) del Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴² DE ASÍS, R., CAMPOY, I. y BENGOCHEA, M^a. Á., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en *Tratado sobre discapacidad*, cit., p. 116. Por su parte, PÉREZ BUENO, L. C., y DE LORENZO GARCÍA, R., “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro...”, cit., p. 1.555, eligen la expresión “persona normal”.

⁴³ DE ASÍS, R., BARRIFFI, F. y PALACIOS, A. “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en *Tratado sobre discapacidad*, cit., p. 90.

palabras, tal como indica JIMÉNEZ LARA⁴⁴ “se ha abierto paso el convencimiento de que, si modificamos la forma en que organizamos nuestras sociedades, podremos reducir considerablemente e incluso eliminar las dificultades y barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad y muchos otros grupos para llevar una vida independiente y plena”.

En definitiva, se asume un enfoque de derechos humanos y social cuyo objetivo, como ha dicho de manera inmejorable GARCÍA GARNICA⁴⁵, “no será la normalización de la persona con discapacidad, sino la normalización de la sociedad, para hacer frente a las necesidades de todas las personas”.

1. La definición legal de Discapacidad

El reciente Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Ley General de Discapacidad o LGD) ha llevado a cabo por primera vez una definición del concepto de Discapacidad. Esta Ley cuyo objeto es la regularización, aclaración y armonización de tres leyes emblemáticas en el ámbito de la Discapacidad como son la LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril de integración social de las PCD), la LIONDAU (Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las PCD) y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las PCD⁴⁶, “es

⁴⁴ “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en *Tratado sobre discapacidad*, cit., p. 177.

⁴⁵ En el capítulo 1 de la obra colectiva dirigida por ella misma *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 34.

⁴⁶ Mandato recogido en la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con

más que una simple compilación de normas jurídicas”⁴⁷ y un exponente de ello es que por primera vez realiza una elaboración definitoria del término discapacidad, cuestión reivindicada desde hace años por el movimiento asociativo de la discapacidad⁴⁸.

Tal elaboración conceptual realizada en el artículo 2.a) de la LGD trae su causa de la definición de persona con discapacidad del artículo 1 de la Convención de la ONU que literalmente reza:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Partiendo de esta noción elaborada por Naciones Unidas, nuestra LGD establece que Discapacidad “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Discapacidad y renovado mediante la Disposición Final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

⁴⁷ CABRA DE LUNA, M. Á., “Informe sobre contenidos más novedosos del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”, Boletín cermi.es, enero 2014, p. 1.

⁴⁸ Vid. varios de los capítulos del *Tratado sobre Discapacidad* ya citado, entre otros, DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. Á., “El empleo de las personas con discapacidad, especialmente p. 1.153: “La ausencia de definiciones jurídicas claras del concepto de discapacidad nos conduce al terreno de la inseguridad jurídica...”. También, el capítulo de PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R., “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad”, cit., especialmente las pp. 1.560-1.565.

2. La Discapacidad, concepto jurídico indeterminado

De la lectura de la definición recién apuntada puede desprenderse con facilidad la existencia de varios términos indeterminados⁴⁹. En primer lugar, “las personas con deficiencias previsiblemente permanentes” que para saber quiénes son nos tenemos que ir a los artículos 4.1 y 2 de la propia LGD⁵⁰; en segundo, “cualquier tipo de barreras que limitan o impidan” y, en tercer término, la “participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Con estas notas, propias de todo concepto jurídico indeterminado, se consigue un molde flexible y dinámico⁵¹ que permite sin necesidad de listar las deficiencias, ni las barreras, ni el grado de participación efectiva en la sociedad, establecer un concepto “para lograr así una solución justa” en cada caso o para un conjunto de personas en situación semejante⁵².

⁴⁹ VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al impacto del estudio de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 61, en un estudio anterior a esta Ley aunque posterior a la Convención califica el concepto de discapacidad como “ambiguo”.

⁵⁰ Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.
2. Además de lo establecido en el párrafo anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

⁵¹ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., p. 45.

⁵² Hemos adaptado las consideraciones que sobre el concepto jurídico indeterminado realiza ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, p. 183.

Como ya se conoce por la labor de le mejor doctrina administrativista (GARCÍA DE ENTERRÍA) aplicada a nuestra parcela laboral y de Seguridad Social por ÁLVAREZ DE LA ROSA⁵³, todo concepto jurídico indeterminado tiene “un núcleo cierto o zona de certeza positiva” a partir del cual se puede conocer o tener evidencia de qué está incluido en él y qué puede entenderse que no cae dentro de dicho concepto jurídico indeterminado.

3. La esencia de la Discapacidad, la falta de medidas de apoyo para superar la limitación que provocan las barreras sociales

Para lograr identificar la esencia del concepto de Discapacidad, se debe partir del hecho de que el legislador, en consonancia con la Convención de Naciones Unidas, ha establecido una definición de esta institución que tiene categoría propia y va más allá de la suma de los requisitos antedichos. Esto es, la Discapacidad no es la deficiencia, ni tampoco es la barrera que dificulta que las personas con deficiencias puedan participar plena y efectivamente en la sociedad sino que es “la interacción” entre ambas (las personas con deficiencias y las barreras). Por tanto, la Discapacidad debe entenderse con rigor y técnicamente como el resultado de la incapacidad de la sociedad para impedir que haya barreras u obstáculos a la participación efectiva de las personas que presentan alguna deficiencia permanente y, de un modo más práctico, la imposibilidad de la sociedad de articular medidas para poder sortear las barreras existentes o, en otras palabras, la inexistencia de medidas de apoyo suficientes y ordinarias para superar dichos obstáculos. Habría pues dos planos teóricos para conceptualizar la Discapacidad: habría un plano del “deber ser”

⁵³ Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, cit., especialmente las pp. 182-189, pues a pesar del tiempo pasado sigue siendo una magnífica referencia. En concreto, atender a la nota al pie número 30, pp. 185-186, en la cual nos indica como es “sobradamente conocido que la introducción en España de la teoría del concepto jurídico indeterminado en el Derecho administrativo se debe a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA” y da cuenta pormenorizada del tema y la aplica magistralmente al concepto de incapacidad permanente.

en el cual la sociedad debe ser sencillamente “sin barreras o accesible”, gracias fundamentalmente al “diseño universal o diseño para todas las personas”⁵⁴ y, otro plano más práctico o del “ser” en el cual, reconociendo que en relación a las personas con deficiencias permanentes en la sociedad se dan barreras y obstáculos a su participación, se deben articular medidas de apoyo para poder superarlas.

Si bien se mira entonces el nudo gordiano del concepto de discapacidad no es la existencia de una persona con alguna deficiencia de carácter permanente de tipo física, mental, intelectual o sensorial; ni siquiera que estas personas tengan barreras que les impidan participar en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás, sino que no tengan medidas de apoyo efectivas que les permitan superar o paliar las barreras existentes.

En efecto, tal y como nos dijeron de manera magistral DE LORENZO y PALACIOS⁵⁵, “se considera que una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste exclusivamente en una escalera es una discapacidad. Una incapacidad para hablar es una deficiencia, pero la incapacidad para comunicarse, porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles, es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia, pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad”.

⁵⁴ Definido en la letra l) del artículo 2 de la reciente LGD como “la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”, aunque –sigue diciendo el mismo precepto– “no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten”.

⁵⁵ DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV., LAORDEN, J. (Dir.) y TERREROS, J. L. (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. 1 Aspectos jurídicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p 7.

Por consiguiente, la nueva LGD ha llevado a cabo una definición de Discapacidad como un concepto jurídico indeterminado que tiene como núcleo de certeza o centro del concepto normativo la inexistencia de medidas de apoyo ordinarias o comunes para sortear las barreras que le impiden a la persona con algún tipo de déficit previsiblemente permanente poder tener una participación real y efectiva en la sociedad.

Para confrontar nuestra tesis y ver si supera el test de realidad, nos podríamos fijar en la situación de personas con déficit visual que pueden superar las barreras que conlleva tal situación con unas simples gafas. Años o incluso siglos atrás, tales personas tendrían la consideración de PCD pero hoy no porque tienen una medida de apoyo que aunque tiene un coste económico en ocasiones importante, se considera que es un artilugio corriente y habitual y, por ello, no puede considerarse que tales personas detenten una discapacidad.

Otros ejemplos podrían ser las personas con SIDA o VIH las cuales en un primer momento fueron consideradas como PCD pero tras la evolución tanto de la medicina como de la concepción social, este colectivo ha podido normalizar su situación y tener, en términos generales, una inclusión social prácticamente sin merma en comparación con el resto de la sociedad. ¿Qué impide considerar a una persona afectada por esta inmunodeficiencia como PCD? La existencia de medidas de apoyo de todo tipo (pastillas farmacológicas, revisiones periódicas, posibilidad de permisos laborales para atenderlas, campañas publicitarias, etc.) que han conseguido la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás.

Situación semejante podrían tener los afectados por problemas graves de riñón cuando les han podido realizar un trasplante de dicho órgano. Si todo va bien y no hay ni incompatibilidad o algún grado de repulsión por el cuerpo del nuevo riñón, es posible que su situación mejore de tal manera que no precise otras medidas de apoyo suplementarias por lo que dejaría de tener la consideración de PCD. En otras ocasiones, aunque se haya este trasplante, la persona queda mermada en su capacidad hasta tal punto que debe necesitar

medidas de apoyo concretas y ajustadas a su situación lo que le llevaría a ser considerada PCD.

Otro colectivo que podríamos estudiar sería las personas intolerantes al gluten, comúnmente conocidos como celíacos. Hasta hace muy poco tiempo, tener esta condición era considerada una clara discapacidad porque le exigía unas medidas de apoyo muy concretas y extraordinariamente costosas. En la medida que estas medidas se han ido normalizando y generalizado y en cualquier establecimiento se puede comprar los productos para la elaboración de la dieta que las personas afectadas por este déficit precisan y, además, cuando adquirirlos ya no tiene prácticamente diferencia de precio, este colectivo pasará a no ser considerado como PCD. Y ello no porque no tengan un déficit pues siguen teniéndolo, y tampoco porque no tengan algunas barreras para su participación social, sino porque -y este es el elemento en el que queremos incidir-, existen medidas de apoyo que se han conseguido generalizar. Esto es, la sociedad ha podido, o quizá mejor *está pudiendo ser*, inclusiva con el colectivo de las personas celíacas.

Pensemos también en el caso muy concreto del atleta sudafricano Pistorius. Evidentemente es una persona afectada por una deficiencia física permanente importante: le faltan parte de las dos extremidades inferiores porque tuvieron que amputárselas al haber nacido sin peroné. No obstante, a pesar de ello, ha conseguido la participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones en la sociedad como lo demuestra haber podido participar en las Olimpiadas de Londres 2012 y, por tanto, estar entre los mejores corredores del mundo de ese año. ¿Cómo ha podido conseguirlo? A través de unas medidas de apoyo muy concretas que le han permitido adaptar su situación y conseguir superar las barreras existentes para que una persona con esa deficiencia física pueda correr como una más con el resto de los mejores corredores de la sociedad. Entonces, ¿Pistorius no es una PCD? Si siguiéramos el razonamiento de que la discapacidad no es sinónimo de deficiencia; y de que sólo se debe considerar PCD aquella cuya participación no es posible que sea plena y efectiva en la

sociedad, en igualdad de condiciones del resto, parecería que el atleta Pistorius no podría ser considerado PCD. Y ello porque existe una medida de apoyo, en este caso, unas prótesis muy sofisticadas que le han permitido superar las barreras que le dificultaban la efectiva inclusión social. Si nos quedáramos aquí estaríamos obviando un aspecto determinante: las medidas de apoyo que esta persona precisa son extraordinarias, en el sentido más propio del término de “fuera de lo común u ordinario”, para conseguir su plena igualdad de condiciones con el resto de corredores de la sociedad.

Por tanto, la discapacidad encierra dos diferentes situaciones: una, que no haya medidas de apoyo para superar las barreras que la sociedad presenta en relación a las personas con deficiencias permanentes. Y dos, también se considerará PCD cuando aun existiendo dichas medidas de apoyo, son tan extraordinarias y suponen una dependencia de tal calibre de la persona en relación a dichos apoyos, que sin ellos la persona no podría integrarse efectivamente en la sociedad y en igualdad de condiciones con el resto. El caso del atleta Pistorius es muy gráfico para poder identificar esta cuestión. Pero piénsese también en el caso de las gafas y otras ayudas técnicas que han permitido superar las barreras que las deficiencias otrora presentaban. Si el apoyo que en un momento dado es considerado fuera de lo común pasa con el devenir de la historia, el avance de la ciencia y la sensibilidad social, a ser ordinario, la persona que presenta un determinado déficit permanente que en su momento se consideró una PCD, puede dejar de tener esa condición porque cuenta con medidas de apoyo que le permiten su plena integración social.

Podríamos seguir estudiando con otros colectivos que están insertos dentro del gran colectivo de la PCD pero entendemos que ya se ha puesto en evidencia que la esencia del término Discapacidad es, sencillamente, la falta de medidas de apoyo suficientes para conseguir la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas afectadas por una deficiencia previsiblemente permanente. Por todo lo anterior, es necesario que tengan un mayor protagonismo estos apoyos en la propia noción de Discapacidad. No obstante, antes de

estudiar qué repercusiones prácticas tendría nuestra tesis, tenemos que estudiar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en relación al concepto de discapacidad.

4. El concepto de discapacidad en la jurisprudencia del TJUE

El TJUE se ha encargado del concepto de discapacidad a la hora de aplicar e interpretar la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁵⁶, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (en adelante, Directiva 2000/78).

Son tres las sentencias fundamentales que vamos a revisar en las que el TJUE se encarga de realizar una definición de discapacidad, a saber: SSTJUE de 11 de julio de 2006 (asunto C-13/05, Chacón Navas), de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark) y de 18 de marzo de 2014 (asunto C-363/12, Z y A). La primera de ellas fue, sin duda, muy relevante en su momento pues llegó a establecer las bases esenciales del concepto para el TJUE pero es en la segunda cuando dicho tribunal amolda su jurisprudencia a la Convención de Naciones Unidas por lo que es la que en estos momentos debe tomarse más en consideración. Por su parte, la última sentencia referida, la reciente de 18 de marzo de 2014, sirve para apuntalar la concepción de la Discapacidad tal como la entiende actualmente el TJUE.

Recuérdese que mientras el Tratado no incluyese una disposición que pudiese facultar a las instituciones europeas a adoptar medidas obligatorias en materia de protección de derechos de las personas con discapacidad, las únicas actuaciones de la Unión en este ámbito iban a circunscribirse en el ámbito laboral dentro de la Política Social comunitaria, en el terreno conocido como

⁵⁶ DO L 303, p. 16.

“soft law” comunitario⁵⁷. Y tal base jurídica se incorporó por primera vez en el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea⁵⁸, incluido por el Tratado de Ámsterdam, por el que se otorgan poderes específicos a la Unión para que actúe contra toda discriminación por motivo de sexo, de origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad o tendencias sexuales, siendo, como se sabe, la primera vez que se inserta en los Tratados una cláusula específica sobre no discriminación entre otros motivos, por discapacidad. Recuérdese asimismo, cómo el propio Tratado de Ámsterdam reforzó la garantía establecida en el artículo 13 a través de la declaración número 22 integrada en el Acta final por la cual se insta a las instituciones europeas a tener en cuenta las necesidades de las PCD en la elaboración de sus políticas y medidas⁵⁹.

No obstante, no es hasta la Sentencia Chacón Navas de 2006 el momento en el que el TJUE debe analizar el concepto de discapacidad, como concepto jurídico comunitario. Tal como se indica en dicha sentencia, apartado 39, el concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva 2000/78 y tampoco se remite al Derecho de los Estados miembros para su definición pero, según se recoge en el apartado 40, para una aplicación uniforme del Derecho Comunitario y según se desprende del principio de igualdad, cuando una

⁵⁷ Vid. BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., “No discriminación en razón de la discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, en AA.VV., CARDONA LLORENS, J. et al. (Editores) y AZNAR GÓMEZ, M. J. (Coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1.386-1.387.

⁵⁸ “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa.

⁵⁹ Sobre este particular, vid. BLANCO EGIDO, E., “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en AA.VV., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp. 95 y ss. especialmente, 107-111. También, MARTÍNEZ RIVERO, Á., “Tratamiento de la discapacidad en el Tribunal Europeo de Justicia”, en AA.VV. *Tratado sobre discapacidad*, cit., pp. 871-876.

disposición de Derecho Comunitario no contiene una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, es preciso que sea objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad para determinar su sentido y su alcance, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar.

Tal definición en un primer momento se llevó a cabo por la sentencia Chacón Navas (apartado 43) indicando que “se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. Al utilizar el término “discapacidad” en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Por ello, el TJUE excluye la equiparación pura y simple de ambos conceptos.

Continúa el tribunal indicando en el apartado 45: “El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración.”

Y, en fin, termina en este punto la STJUE Chacón Navas manteniendo que “la Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”.

Esta resolución ha sido calificada de “restrictiva” y “literal” en cuanto a su concepción de la discapacidad se refiere pues “el Tribunal evita referirse a la definición dada por la OMS que, de haberse acogido como propia, hubiera permitido extender la protección otorgada por la directiva a las personas con una enfermedad susceptible de producir deficiencias que pudieran discapacitar al individuo”⁶⁰.

Unos años después de la Sentencia Chacón Navas, el TJUE vuelve a enfrentarse al concepto de D cuando ya se había promulgado la Convención de Naciones Unidas y tras la aprobación por la Unión de la citada Convención por medio de la Decisión 2010/48 que conlleva, como se indica en el apartado 30 de la sentencia HK Danmark, que sus disposiciones formen parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, “la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención” (apartado 32 de la última sentencia referida).

Teniendo en cuenta lo anterior, el TJUE en su sentencia HK Danmark (apartado 38) viene a amoldar su concepto de D a la Convención de Naciones Unidas y, por ello, establece que “se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Y concluye (apartado 41) que procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación del tipo de la antes indicada en el apartado 38, y si esta limitación es de larga duración, “tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78”. Por tanto, apartado 42, si una enfermedad no supone una limitación de esta índole, no estará comprendida en el concepto de discapacidad porque, en línea de lo establecido en la sentencia Chacón Navas, “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a

⁶⁰ Esta es la posición de BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., “No discriminación en razón de discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia...”, cit., p. 1.396.

añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.

Pero la sentencia HK Danmark va más allá y realiza dos afirmaciones verdaderamente importantes desde nuestro punto de vista. Por un lado, establece que “el concepto de ‘discapacidad’ (...) debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no (...) como una imposibilidad de ejercer tal actividad” (apartado 44). Y, por otro, estipula que “la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de ‘discapacidad’ en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta” (apartado 45) y, por lo tanto, termina aseverando en el apartado 46 que estas medidas de ajuste “son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad” y, por ello, la obligación legal de realizar estos ajustes sólo se aplica “a condición de que exista [previamente] una discapacidad”.

En último término, la reciente STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto Z y A, en sus apartados 79 a 83 ratifica una cuestión ya apuntada en las sentencias anteriormente citadas cual es que la enfermedad o afección que aqueja a la persona debe provocar una limitación que le impida su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. En el supuesto de hecho de la sentencia que se comenta la actora sufría una incapacidad para tener hijos. Es una dolencia física que provoca una limitación cierta pero no le impide ni acceder, ni ejercer, ni progresar en un empleo. Por ello razona el TJUE que tal afección no constituye una “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78.

De la lectura de todas estas resoluciones judiciales se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- a) Para el TJUE la nota más importante para identificar cuándo estamos en presencia de una D es la existencia de una limitación a largo plazo.
- b) Que dicha limitación es causada en particular por dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
- c) Que no toda enfermedad debe equipararse a Discapacidad ya que sólo entrará en este concepto aquella que provoque una limitación que impida bien el acceso, bien el ejercicio, bien el progreso en un empleo, en comparación con el resto de trabajadores.
- d) Que la Discapacidad debe entenderse “que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no (...) como una imposibilidad de ejercer tal actividad”.
- e) Y, en quinto lugar, “la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial”. Y, por ello, las medidas de ajuste “son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad” de ahí que la obligación legal de realizar estos ajustes sólo se aplica “a condición de que exista [previamente] una discapacidad”.

De todas estas consideraciones que resumen la concepción de la Discapacidad para el TJUE se concluye que el foco de atención está no tanto en la deficiencia o dolencia “física, mental o psíquica” (nótese que no hay sensorial y la psíquica se equipara a intelectual) sino en la limitación que provoca ésta al interactuar con barreras “diversas” (no se especifican cuáles son en ningún momento). Dicha limitación debe atesorar dos características:

Por un lado, que sea de un cierto grado o, en otras palabras, relativamente importante. Cualquier limitación, enfermedad o afección no es una Discapacidad. Debe impedir la participación plena y efectiva en la sociedad en general y en la vida profesional en particular.

Por otro, que sea una limitación “a largo plazo”, aunque no requiere que sea ni permanente y puede ser curable.

A diferencia de lo que nosotros mantenemos, el TJUE sostiene que la noción de Discapacidad es independiente de las medidas de ajuste que se puede articular para paliarla. Primero se determina que existe una discapacidad, eso es, una limitación y a partir de aquí ello conlleva la obligación legal de articular medidas de apoyo o ajustes razonables pues el TJUE -se reiteran sus propias palabras-, entiende que las medidas de ajuste “son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad” (apartado 46, sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11).

5. La necesidad de un mayor protagonismo de los apoyos en la propia noción de Discapacidad

Tras analizar la definición legal de Discapacidad llevada a cabo por la reciente LGD y la jurisprudencia del TJUE podríamos resumir didácticamente el concepto de discapacidad, con las cuatro ideas siguientes:

1. Diferencia específica de las personas a las que afecta.
2. De origen personal (deficiencia) y, sobre todo, social (barreras).
3. Que genera desigualdad social objetiva⁶¹ para participar en la vida política, económica, cultural y social y, en concreto, en el ámbito laboral, provoca una limitación que impide bien el acceso, bien el ejercicio, bien el progreso en un empleo, en comparación con el resto de trabajadores.

⁶¹ “Profunda desventaja social” en palabras de la letra y) del Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o como dice la Exposición de Motivos de la ya derogada LIONDAU, “personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales”.

4. Que es provocada por la falta de medidas de apoyo para poder sortear las barreras sociales existentes.

De estas cuatro notas, la última de ellas aún no está suficientemente recogida en el Ordenamiento Jurídico. Es cierto que la propia Convención en la letra j) del Preámbulo⁶², in fine, da a entender que todas las personas con discapacidad necesitan apoyo y algunas en concreto en mayor medida pero esta idea no se ha trasladado a la definición del colectivo ni en la norma internacional, ni en la reciente LGD y, como consecuencia de ello, el TJUE mantiene que las medidas de ajuste “son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad” (apartado 46, sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark).

Desde nuestro punto de vista la cuestión no es, para nada, baladí ya que de lo que estamos hablando es que en el mismo concepto neurálgico de discapacidad esté la nota de que es provocada por la carencia de unas medidas de apoyo específicas y de muy diversa índole. Si se consiguiera que con el “diseño universal o diseño para todas las personas”, antes ya mencionado, la sociedad en general pueda ser accesible, en el sentido recogido en el artículo 2. k) LGD de que todo pueda ser “utilizable y practicable por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible”, quizá no hiciera falta poner tanto énfasis como nosotros mantenemos en las medidas de apoyo que las PCD necesitan. Pero, hasta ese momento, entendemos que si se sigue nuestro criterio, más importante que la deficiencia que presenta la persona con discapacidad, es el apoyo que puede suplir las barreras sociales y, en general, el problema (la limitación en palabras

⁶² Literalmente, reza, “j) *Reconociendo* la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” [el subrayado es nuestro]. Por su parte, el artículo 8.2 de la LIONDAU recogía esta idea al indicar que hay ciertas personas con discapacidad que precisan medidas de acción suplementarias porque “objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades” y, en alguna medida, se ha trasladado al artículo 7.4 de la LGD aunque ya no habla de apoyos suplementarios sino de “personas o grupos de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple” razón por la cual “las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa”.

del TJUE) que conlleva aquella. Y ello llevaría a poner el foco, no tanto en lo que no puede o le cuesta hacer a la persona con discapacidad sino en la estructura de apoyo que debemos articular entre todos. Por consiguiente, en el Derecho de la Discapacidad, más importancia debería empezar a tener los apoyos que necesita la persona, más que las carencias o limitaciones que presente.

Ya se ha dado un paso en el art. 12.3 a) de la nueva LGD en el cual se recoge que los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad deben emitir un dictamen técnico “sobre las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, *recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos*” (la cursiva es nuestra). Esto es, ya no sólo se identifican las deficiencias y las limitaciones que éstas provocan sino también las barreras que provocan tales limitaciones y las capacidades y habilidades que atesora la persona. Pero aún falta identificar qué apoyos concretos precisa la persona. Este es el gran reto para los próximos años y lo que pretendemos nosotros en este trabajo para el colectivo de las PCD mental en el ámbito concreto de la inserción sociolaboral.

Ciertamente, si uno lee tanto la Convención como la reciente LGD que refunde como ya se ha dicho las anteriores LISMI y LIONDAU, son múltiples las referencias a la necesidad de que existan los apoyos que precisa la persona con discapacidad. En especial, el artículo 57.1 LGD establece como una obligación que “Los poderes públicos garantizarán (...) los apoyos adecuados”⁶³, dicción que modifica lo establecido en el art. 3.1 de la ya derogada LISMI que hablaba de “rehabilitación adecuada”, poniendo de relieve la importancia que tienen los apoyos en el Derecho de la Discapacidad. También en el Derecho de la Unión Europea en la antes citada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la

⁶³ En este precepto se recoge además la obligación de garantizar “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social”.

ocupación⁶⁴, se habla en reiteradas ocasiones sobre las medidas de apoyo o bien a los ajustes razonables. En concreto, en la Convención hay dieciocho menciones a los apoyos y en la LGD este número se dobla para llegar hasta en treinta y seis ocasiones a nombrar los diferentes apoyos que precisan las PCD. Por su parte, en el la Directiva de la UE antes citada hay 6 referencias expresas a este tema. El contenido concreto de los apoyos (medidas de acción positiva, medidas de igualdad de oportunidades o ajustes razonables) se estudiará en el siguiente capítulo pero baste indicar como botón de muestra cómo en la Exposición de Motivos de la LGD se llega a decir que “el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad [deben] basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados, que les [permitan] llevar una vida normal en su entorno”⁶⁵. Por ello, la importancia de los apoyos para el colectivo de PCD queda más que evidenciada⁶⁶, pero no se entiende cómo no se ha instalado aún en la propia definición de PCD que hace la Convención y, por ende, nuestra LGD.

La conclusión es clara desde la posición que mantenemos, en la discapacidad nos seguimos fijando más en la deficiencia, en la carencia, que en los apoyos, en los baluartes que la sociedad pone a disposición de las PCD para conseguir no sólo su participación efectiva y la igualdad de oportunidades real sino, más aún, evitar, ex ante, que pueda existir siquiera la Discapacidad. Así ha sido toda la historia y en el propio término ha tenido su reflejo. Siempre se ha puesto el énfasis en la no-capacidad (discapacidad), el menor-valor (minusvalía), el ser disminuido como todavía reza el artículo 49 de nuestra Constitución, ser impedido, subdotado o deficiente en la terminología de mediados del siglo pasado, etc. Con nuestra concepción, la persona con

⁶⁴ DO L303, p. 16.

⁶⁵ En la LGD los tiempos verbales de este concreto párrafo se encuentran en pasado, dado que está hablando que la LISMI participaba ya de esta idea.

⁶⁶ Sin embargo, no se entiende cómo de los cuarenta y tres temas que cuenta el ya citado *Tratado sobre Discapacidad*, no hay ninguno que trate monográficamente este aspecto.

discapacidad lo es *por la falta de los apoyos necesarios*. Por tanto, insistimos para resumir, en el propio término de D debería tener un mayor peso que es provocada por la falta de un bastión articulado socialmente que permita a la persona con deficiencia previsiblemente permanente sortear las barreras sociales existentes, mientras éstas sigan existiendo.

La trascendencia práctica de esta visión es evidente: más importante que el reconocimiento del grado de discapacidad en sí serán los apoyos y medidas concretas que éste conlleva. De nada sirve que se declare una discapacidad sin que conjuntamente con ello se establezca el andamiaje que se le ofrece a la persona para sobrellevarla. Así se procede en la esfera de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y así debería realizarse en la órbita de la Discapacidad.

De esta manera, y dado que “la discapacidad es un concepto que evoluciona”, como indica la Convención en la letra e) de su Preámbulo⁶⁷, el seguimiento de los apoyos y su actualización permanente es una cuestión central, pues si están bien diseñados y ejecutados, con seguridad necesitarán ser revisados con frecuencia para adaptarse a la nueva situación que necesite la PCD e incluso podrán conseguir que la D ya no sea tal porque el apoyo es ordinario y frecuente y ya impide considerar a la persona con una determinada deficiencia que cuenta con apoyos suficientes para su inserción social plena como tal PCD.

6. La consideración de persona con discapacidad

El artículo 4 de la LGD bajo el título “Titulares de los derechos” se encarga de definir quiénes son considerados en nuestro ordenamiento jurídico PCD.

⁶⁷ Recordemos que años antes la característica de dinamicidad en el concepto de la Discapacidad ya se había resaltado por ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 45.

Nos detendremos sucintamente en este punto dado que tiene cierta transcendencia práctica para el colectivo de PCDM.

El artículo 4 LGD parte de un concepto general en su primer apartado que considera PCD con independencia de tener un reconocimiento previo administrativo oficial. Pero, a continuación, en el apartado segundo la LGD identifica que “además” tendrán la consideración de PCD “a todos los efectos” quienes tengan “reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Tal reconocimiento del grado de discapacidad como indica el apartado tercero “deberá ser efectuado por el por el órgano [administrativo] competente en los términos desarrollados reglamentariamente”.

Por tanto, como se observa, para la LGD una persona puede tener la consideración jurídica de PCD con independencia de tener previamente reconocida esta condición administrativamente. Por ello, basta con que la persona demuestre que presenta una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, previsiblemente permanente que le impide una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás, por existir barreras sociales, para que sea considerada PCD.

Nuestra LGD se alinea, como no podía ser de otra manera, con la Convención en una concepción garantista de D que no exige un reconocimiento administrativo previo para que tal condición pueda tener efectos jurídicos de protección para la persona.

Así, además, fue interpretado por el TJUE, como antes tuvimos ocasión de estudiar, en su Sentencia de 11 de abril de 2013, *Danmark*, antes citada, en cuyo apartado 47 indica que existe discapacidad cuando existe una enfermedad, curable o no, que provoca limitaciones de larga duración, que pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por tanto, el TJUE no exige, como tampoco lo hace la Convención, un reconocimiento administrativo oficial previo.

Es cierto que si uno detenta tal reconocimiento oficial del grado de discapacidad, la protección lo es “a todos los efectos” como indica el artículo 4.2 LGD, pero no lo es menos que el respaldo jurídico lo tendrá toda persona que se encuentre inserta en la situación descrita en el apartado 1 del art. 4 LGD. Y ello le puede suceder a toda persona afectada por un trastorno mental grave, colectivo protagonista del presente trabajo, dado que bastará que demuestren que sufren tal patología para que tengan la consideración jurídica de PCD.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 64.2 LGD⁶⁸ establece que las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades las tendrán las PCD “con independencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad”.

Esta cuestión supone un cambio con relación a la legislación previa a la LGD pues ahora se extienden todas las medidas que promueven la plena igualdad (tanto formal como material) a toda PCD, mientras que con anterioridad se hacía una diferenciación entre las medidas de defensa, arbitraje y carácter judicial –a las que podía acceder toda persona con independencia del grado de D que tuviera reconocido- y el resto de medidas orientadas a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de resultados, que únicamente podían ser disfrutadas por las PCD con reconocimiento administrativo oficial de grado igual o superior al 33%. Tal cambio, del que había llamado la atención algún autor⁶⁹ porque había sido requerido por el Comité sobre los Derechos de las PCD de Naciones Unidas en el informe de septiembre de 2011, tiene trascendencia para las PCDM pues, como se dijo anteriormente, basta con que demuestren padecer un trastorno mental grave para que puedan acceder a ellas.

⁶⁸ Tal precepto refunde el artículo 2.1 de la LIONDAU que, como es sabido, sufrió una modificación en su redacción en este sentido por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención.

⁶⁹ Vid. SASTRE CAMPO, A., “La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirección y edición) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coordinación), 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp. 91-93.

Adicionalmente a todo lo anterior, la LGD indica otros dos colectivos que se consideran que tienen una Discapacidad. Por un lado, el artículo 4.4 establece que se asimilará a la situación de PCD a quienes se encuentren en los “estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad” y en concreto, “a efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades”. Por otro, en el segundo inciso del artículo 4.2 indica que “se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. Tal consideración, por su interés, merece ser tratada en punto aparte.

7. Discapacidad e Incapacidad, dos conceptos confundidos históricamente que ahora la ley los identifica parcialmente

La Discapacidad y la incapacidad no son términos sinónimos. Son conceptos cercanos que históricamente se ha mezclado y, en ocasiones, confundido⁷⁰. Como es sabido, la separación conceptual entre la discapacidad y la incapacidad se cimenta básicamente en dos premisas: por un lado, en que la incapacidad, por definición, es sobrevenida: presupone la imposibilidad de

⁷⁰ En el mismo sentido de confusión de términos y conceptos, FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del Sistema español de Pensiones no contributivas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 268. Baste recordar la polémica jurisprudencial suscitada por el ya derogado artículo 1.2 LIONDAU sobre la consideración de persona con discapacidad de los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una incapacidad permanente y cómo tuvo que ser solventada por la jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo y ahora ha sido ratificada por la reciente LGD. Sobre el particular, antes de la citada Ley de finales de 2013, vid. TUSET DEL PINO, P., *Cincuenta cuestiones básicas en materia de personas con discapacidad*, cit., pp. 75-86.

volver a llevar a cabo (total o parcialmente) algo que antes sí se podía realizar⁷¹; mientras que, por su parte, la discapacidad puede ser como declaraba la ya derogada LISMI “de carácter congénito o no”⁷². Por otro y más importante a estos efectos, la incapacidad se circunscribe al ámbito del trabajo⁷³, que limitación ha originado en su capacidad profesional⁷⁴ y la discapacidad provoca restricciones no sólo en el plano laboral sino también en el educativo, económico y, en general, en su partición social⁷⁵.

Nos fijaremos ahora en la primera nota de diferenciación pues, como hemos dicho, mientras la incapacidad consiste en que cuando deviene ésta, no se puede hacer –o no del mismo modo– una actividad que antes sí se podía ejecutar, la discapacidad presupone no la imposibilidad total sino la existencia de barreras que lo dificultan pero que son sorteables con las medidas de apoyo precisas. En este mismo sentido, ya hicimos referencia a la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 11 de abril de 2013, *Danmark*, en su apartado 44 establece: “procede considerar que el concepto de “discapacidad”, tal como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, debe

⁷¹ Sobre el concepto de incapacidad para el Derecho de la Seguridad Social, vid. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 16ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 95 y 269-270 y, en extenso, ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

⁷² Artículo 7 Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad (LISMI). Por cierto, que tal extremo no se ha incorporado en la refundición llevada a cabo por la LGD.

⁷³ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit. p. 269.

⁷⁴ De tal manera, como indica ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, cit., p. 215, que “este requisito es en realidad eje en torno al cual gira la protección por invalidez [hoy incapacidad] permanente, pues aquel estado patológico de características específicas...es trascendente en cuanto trae como consecuencia la anulación o disminución de la capacidad de trabajo”.

⁷⁵ En el mismo sentido, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., en ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 56 y siguientes. También, y nuevamente, referirse al derogado artículo 7 LISMI, “se entenderá por minusválido [hoy persona con discapacidad] toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia...”, expresión que se ha enmendado para acoplarla a la Convención con la ya vista de “participación plena y efectiva en la sociedad” del reciente artículo 4.1 LGD.

entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no, como aducen DAB y ProDisplay [empresas de los litigios acumulados], como una imposibilidad de ejercer tal actividad”⁷⁶. Y como todo obstáculo puede contar con algún artilugio, producto de apoyo o medida que consiga sortearlo. Por tanto, si como nosotros mantenemos en el Derecho de la Discapacidad se empieza a poner mayor énfasis en las medidas de apoyo concretas que hay que procurar a cada situación que afecta a cada PCD, las diferencias entre los conceptos de Discapacidad e Incapacidad podrán ser más evidentes.

Pero no es esa la postura que últimamente ha presidido las decisiones de nuestro legislador al equiparar las PCD y las personas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, incluidos también los pensionistas de clases pasivas o de retiro. En efecto, como se ha visto la LGD identifica a todos los efectos a tales personas (“Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento...”). Es por lo que decíamos antes que estos dos conceptos que otrora fueron mezclados, ahora el legislador los ha identificado siquiera parcialmente. No obstante, bajo nuestro punto de vista la cuestión es más o menos clara con las incapacidades permanentes absolutas (IPA, muy frecuentes por otra parte en las PCDM, colectivo protagonista de este estudio), y por ello, creemos que efectivamente toda persona afecta de una IPA debe tener la consideración de PCD pero dudamos que toda persona a la que se le haya declarado una incapacidad permanente en grado de total cumpla con la propia definición del artículo 4.1 LGD, a saber: sea una persona afecta de una deficiencia de tipo física, mental, intelectual o sensorial previsiblemente permanente que le provoca una limitación o le impide participar plena y efectivamente en la sociedad debido a las barreras sociales existentes. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un pianista que por infortunio pierde unas falanges de un dedo. Incluso aunque no sea la mano dominante lo más

⁷⁶ Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

probable es que le sea declarada una Incapacidad Permanente en grado de total (IPT) porque la lesión le provoca que no pueda volver a realizar su profesión habitual. Pero, ¿de verdad que esta persona debe ser considerada como una PCD? Quizá sea la excepción que cumple la regla pero nos tememos que no tiene por qué ser así y que sea sólo un botón de muestra de una realidad que puede ser incluso hasta frecuente (peluquera con problemas graves y permanentes para cortar con tijeras, cocinero que desarrolla una hipersensibilidad a ciertos productos que se utilizan en la cocina, pintores o limpiadores en la misma situación, encofradores con vértigos, etc.). Nuestra opinión, por tanto, está en la línea de repensarse la identificación directa entre IPT y PCD mientras que mantendríamos las de IPA y Gran Invalidez.

B. Tipos de discapacidad y en especial la discapacidad mental

1. Tipos de discapacidad

Tal como ha quedado indicado en el apartado anterior, la discapacidad deviene de una deficiencia a largo plazo de la persona y de las barreras sociales que se originan al interactuar estas personas con su entorno social. La sociedad es incapaz de ser inclusiva con las diferencias que las PCD presentan y ello se traduce en un entorno inadecuado y hostil que siembra más dificultades a las que de por sí ya atesoran las PCD a causa de su deficiencia.

Como hemos visto, la Convención (art. 1) habla de cuatro tipos de deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) y ello es asumido por nuestra reciente LGD en su artículo 4.1 al definir la PCD⁷⁷. Con ello se resume y

⁷⁷ Sobre las causas de discapacidad, sin diferenciar más que en físicas (que incluiría la sensorial) y psíquicas (que acogería sin distinciones la intelectual y la mental), vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., p. 60.

acoge todo el extraordinario esfuerzo de codificación que se llevó a cabo en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada por la 54ª Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en mayo de 2001 y que se conoce con sus siglas en inglés (CIF). Dicho catálogo vino a sustituir al anterior de 1980 sobre las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (también conocida por sus siglas en la lengua anglosajona CIDDM). Como indica la propia CIF, su razón de ser es “aportar un lenguaje estandarizado, fiable y aplicable transculturalmente, que permita describir el funcionamiento humano y la discapacidad como elementos importantes de la salud, utilizando para ello un lenguaje positivo y una visión universal de la discapacidad, en la que dichas problemáticas sean la resultante de la interacción de las características del individuo con el entorno y el contexto social”⁷⁸.

Como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Danmark), apartado 47, la discapacidad “debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”.

A los efectos del presente trabajo, baste con esta enumeración para tener claro que la mental es uno de los cuatro tipos de discapacidad que proviene de la propia definición que establece la Convención y que ha sido recogida ya en nuestro Ordenamiento Jurídico por la reciente LGD. Asimismo, debe quedar

⁷⁸ Sobre estas clasificaciones, vid. JIMÉNEZ LARA, A. “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, cit., especialmente, pp. 190-204. También, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., pp. 37-41.

claro que dentro del gran colectivo de PCD existe una realidad compleja, con diversos grupos en su interior, necesitados de regulación jurídica distinta que se pueda acoplar a sus concretas necesidades y que tal como afirma ESTEBAN LEGARRETA “debe favorecerse a aquellos subcolectivos de personas con discapacidad con especiales dificultades de participación en la vida social y económica”⁷⁹ entre los que se encuentra sin lugar a dudas las PCDM.

2. La “nueva” discapacidad mental

Como se acaba de indicar, la Convención recoge la existencia de la discapacidad mental y, como se dijo, ha sido acogida ya por el artículo 4.1 de la LGD⁸⁰. La primera consecuencia de ello es que, por fin, se ha dividido la anterior acepción de “psíquica”, establecida en todos los textos normativos españoles comenzando por el ya visto artículo 49 CE, en sus dos componentes de “mental” por una parte e “intelectual” por otra⁸¹. Este pequeño cambio gramatical tiene una importancia y consecuencias nada desdeñables para el campo de la salud mental.

En primer lugar, desde un punto de vista terminológico, la Convención se ha inclinado por una nomenclatura más corta y fácil (“discapacidad mental”) que las otras con las que habitualmente se identifica al colectivo: enfermedad

⁷⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., pp. 70-71.

⁸⁰ Al refundir el artículo 1.2 LIONDAU, que había sido modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de modificaciones normativas para adaptar nuestro Ordenamiento a la Convención de la ONU.

⁸¹ Esta importante distinción no es original de la Convención pues ya la OIT lo recogía en su interesante documento *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. VII, accesible en: <http://www.ilo.org>.

mental, trastorno mental o, incluso, discapacidad psiquiátrica, esta última menos usada en España pero frecuente en la literatura científica internacional⁸².

Según las definiciones del Diccionario de la RAE⁸³, la anterior acepción, “psíquica”, hacía referencia al ámbito más general de la ‘psique’ o alma humana y englobaba, como ya se ha dicho, a las deficiencias tanto intelectuales como a las propias de las personas afectadas por una enfermedad mental. Por su parte, “mental”, según la tercera entrada del término -la psicológica-, se constriñe “al conjunto de actividades y procesos ‘psíquicos’, sean o no conscientes”. Y psíquico, a su vez, se identifica con “psicológico”, esto es, relativo a “la ciencia que estudia los procesos mentales en personas y animales”.

Podía haberse utilizado también la locución “discapacidad psiquiátrica” pues, según la RAE, se puntualiza como “perteneciente a la ciencia que trata de las enfermedades mentales”. No obstante, es un adjetivo con una gran carga histórica negativa y entendemos que el legislador, nacional y de la ONU, acierta al no utilizarla pues, como indica la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 (en adelante, “la Estrategia”)⁸⁴, “los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad”. Y es comúnmente aceptado que con relación a todo lo que rezume a psiquiátrico existe un prejuicio social evidente.

Por consiguiente, el término ‘mental’ consideramos que es el más ajustado para identificar al conjunto de discapacidades provenientes de la problemática de salud mental y, por ello, es el que hemos elegido para este trabajo.

En segundo término, esta modificación legal debe tener un efecto importante para la visibilidad de las personas que sufren una enfermedad

⁸² Vid., por ejemplo, el importante trabajo de ANTHONY, W., COHEN, M. y FARKAS, M., *Psychiatric rehabilitation*, Center for Psychiatric Rehabilitation, Boston, 1990.

⁸³ 22ª edición, Espasa Calpe, 2001, 5ª actualización de 2011, <http://www.rae.es>.

⁸⁴ En su página 10. Estrategia aprobada por el Consejo de Ministros de 14/10/2011, a propuesta de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad. Puede consultarse en: <http://sid.usal.es/libros/discapacidad/26112/8-4-1/estrategia-espanola-sobre-discapacidad-2012-2020.aspx> [21-XI-2011].

mental. Este colectivo es identificado en la propia “Estrategia” (p. 2) como uno de los elementos claves del progresivo incremento de las PCD en España y en el mundo. Asimismo, “la Estrategia” (p. 27) indica como uno de sus objetivos principales el “conocimiento” real de la situación en la que viven las PCD en España. Sin duda, la creación de una figura independiente para la ‘discapacidad mental’ coadyuvará a esa finalidad.

Por último, pero no por ello menos importante, es esencial que lo antes posible se diferencie a la ‘nueva’ discapacidad ‘mental’ en las estadísticas y datos oficiales para conocer la situación de nuestro colectivo en empleo, educación y formación, pobreza y exclusión social, etc. Se debe comenzar con el propio reconocimiento legal de la discapacidad⁸⁵, regulado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, para saber cuántas personas con discapacidad mental existen. En efecto, tras la última modificación de septiembre de 2012, la Disposición Adicional primera del citado reglamento indica que “A instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación, se certificará por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita”. En la certificación que se expida debería constar la discapacidad “mental” como tipo independiente.

En este objetivo de saber cuántas personas con trastorno mental tienen reconocimiento legal de Discapacidad, deben colaborar tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas. Y, sin duda, debe incluirse en el “Perfil de la Discapacidad de España” que, como se indica en “la

⁸⁵ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (en adelante, RDPD). A partir de la Disposición Final tercera del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales, se estableció una Disposición Adicional Única en el RDPD, posteriormente modificada en septiembre de 2012, para que en todos los certificados de discapacidad se hiciera constar, como mención complementaria, el tipo de discapacidad en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda. Por tanto, se debería modificar tal tipología para dividir la “psíquica”, en “mental” e “intelectual”.

Estrategia” (p. 39) se desarrollará con carácter anual para permitir tener “una serie temporal de diversos indicadores útil para la elaboración de las políticas públicas”.

3. Requisitos del trastorno mental para generar discapacidad

No todas las personas que sufren una enfermedad o trastorno mental presentan una discapacidad. Para que así sea, se precisa que la enfermedad sea considerada grave⁸⁶, término polisémico que ha tenido una evolución interesante⁸⁷ y que en la actualidad se ha consensuado que está asociada a tres variables⁸⁸: diagnóstico clínico, duración y funcionamiento psicosocial.

⁸⁶ Que provoque una limitación de larga duración, según la doctrina de la anteriormente citada STJUE de 11 de abril de 2013, asunto Danmark, apartado 47.

⁸⁷ Sobre el tema, vid. GONZÁLEZ CASES, J. C., *Violencia en la pareja hacia mujeres con trastorno mental grave*, Tesis Doctoral, Departamento de Especialidades Médicas de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2011, pp. 25-33. El término “grave”, p. 26, es “equivalente al también utilizado en nuestro contexto “trastorno mental severo”, provienen de los vocablos anglosajones “*Severe Mental Illness*” o del cada vez más utilizado “*Severe and Persistent Mental Illness*”. Sin embargo, a lo largo de la historia ha habido diferentes denominaciones para el colectivo de personas con trastorno mental grave: enfermo mental crónico, enfermedad mental grave y persistente, enfermo mental severo, personas con discapacidades psiquiátricas de larga evolución, discapacidad psiquiátrica grave, paciente mental crónico, etc. Aunque en las primeras definiciones el término “crónico” era de uso generalizado, ya a partir de los 90 empezó a cuestionarse su uso por ser una etiqueta asociada al estigma y por las expectativas pesimistas de mejoría que están relacionadas con el término crónico”.

⁸⁸ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010, p. 81.

a) Diagnóstico clínico:

Siguiendo la “Guía de Práctica Clínica de Intervenciones Psicosociales en el Trastorno Mental Grave”⁸⁹, en el concepto de Enfermedad Mental Grave se incluirían los siguientes diagnósticos clínicos⁹⁰:

- Trastornos esquizofrénicos (F20)⁹¹;
- Trastornos esquizotípicos (F21);
- Trastornos delirantes persistentes (F22);
- Trastornos delirantes inducidos (F24);
- Trastornos esquizoafectivos (F25);
- Otros trastornos psicóticos de origen no orgánico (F28 y F29);
- Trastorno bipolar (F31);
- Episodio depresivo grave con síntomas psicóticos (F32.3);
- Trastorno depresivo recurrente (F33);
- Trastorno obsesivo compulsivo (F42);

⁸⁹ Elaborada por el Grupo de Trabajo de la Guía de Práctica Clínica de Intervenciones Psicosociales en el Trastorno Mental Grave, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009.

⁹⁰ Se sigue la nomenclatura de Organización Mundial de la Salud (OMS), *CIE 10. Trastornos mentales y del comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico (10ª rev.)*, Meditor, S.L., Madrid, 2004. Se trata de la décima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades, que se conoce por su acrónimo CIE-10, sistema recomendado por la Organización Mundial de la Salud frente a la otra gran obra para los diagnósticos clínicos de la Asociación Americana de Psiquiatría “El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)”, conocido por sus siglas en inglés, DSM. En la actualidad, se encuentra en la cuarta edición revisada (DSM-IV-TR) y ya se está elaborando la quinta edición.

El CIE-10 contiene un total de 100 categorías (clasificadas de la A00 a la Z99), que agrupan 329 entidades clínicas individuales. El capítulo V (designado con la letra F) se refiere a los trastornos mentales y del comportamiento y consta de once grandes secciones. Junto al nombre del diagnóstico, se incluye entre paréntesis su correspondiente número en la clasificación CIE-10.

⁹¹ Dentro de la categoría “esquizofrenia” se incluyen varios tipos. Vid. PELLEGRINI SPANGENBERG, M., CAPUA, R. N. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó., “Desarrollo profesional en personas con trastornos psicóticos”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2012, pp. 455-477, especialmente, 456-458 en las que indica las características básicas de las tipologías de esquizofrenias (paranoide, hebefrénica, simple, catatónica y residual). Sobre la esquizofrenia, se recomienda la lectura, idónea para no médicos, de REBOLLEDO MOLLER, S. y LOBATO RODRÍGUEZ, M. J., *Cómo afrontar la esquizofrenia. Una guía para familiares, cuidadores y personas afectadas*, Grupo Aula Médica, Madrid, 2005.

- Respecto a los Trastornos graves de la personalidad (F62) es práctica habitual incluir el trastorno límite⁹².

b) Duración:

Dentro del concepto de enfermedad mental grave se incluyen aquellas personas que, además de padecer una patología con los diagnósticos antedichos, lleven con la misma una duración prolongada en el tiempo⁹³. Se han utilizado diferentes criterios para operativizar este criterio. En la actualidad, los más consensuados serían o bien la duración del tratamiento psiquiátrico (la persona ha de llevar dos o más años en tratamiento en su Centro de Salud Mental), o bien que presente un deterioro importante y progresivo en el funcionamiento psicosocial en los últimos seis meses⁹⁴.

c) Funcionamiento psicosocial:

El concepto de enfermedad mental grave, además de definirse desde los criterios de diagnóstico y temporal, se formula desde el prisma del funcionamiento⁹⁵. En efecto, las personas que la padecen tienen graves y

⁹² También denominado Borderline (codificado con el número 301.83 del DSM-IV-TR). Así lo indica, GONZÁLEZ CASES, J. C., *Violencia en la pareja...*, cit. p. 30. Sobre el tema, vid. LÓPEZ GÓMEZ, A. y MORENO SANTIAGO, E., "Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con trastornos de la personalidad", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, O. (coord.), *Desarrollo profesional...*, cit., pp. 479-499. Más general y muy ilustrativo para no médicos es la obra de DE FLORES, T., SOTO, A. y SÁNCHEZ, C., *Trastorno límite de la personalidad a la búsqueda del equilibrio emocional. Una guía para profesionales, familias y pacientes*, Morales y Torres Editores, sin fecha.

⁹³ Como indica BLANCO DE LA CALLE, A., "El enfermo mental con discapacidades psicosociales", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 78, "es aquel que progresa o persiste durante un período de tiempo prolongado; en general, toda la vida. Es un término que se contrapone al de 'agudo'".

⁹⁴ Este es el criterio del Grupo de Trabajo de la Guía Clínica de Intervenciones Psicosociales en el Trastorno mental, vid. GONZÁLEZ CASES, J. C., *Violencia en la pareja...*, cit. p. 31.

⁹⁵ Como indica BLANCO DE LA CALLE, A., "El enfermo mental con discapacidades psicosociales", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 79, este fue un avance apuntado desde los tratamientos de rehabilitación que procuraban a la persona con discapacidad mental desde equipos multiprofesionales sociales (compuesto por psicólogos, trabajadores sociales,

duraderas limitaciones para afrontar las demandas de la vida diaria. Se han utilizado diferentes pautas para concretar esta dimensión⁹⁶, pero existe consenso para determinar que las personas con trastorno mental grave suelen presentar déficit, con mayor o menor grado de afectación, en una o varias de las siguientes áreas de funcionamiento psicosocial⁹⁷:

- *Autocuidados*: problemas con la higiene personal, hábitos de vida no saludables, etc.
- *Autonomía*: deficiente manejo del dinero, dificultades en el manejo de transportes, dependencia económica y mal desempeño laboral.
- *Autocontrol*: apuros para manejar situaciones de estrés, falta de competencia personal, etc.
- *Relaciones interpersonales*: carencia de red social, inadecuado manejo de situaciones sociales, déficit en habilidades sociales.
- *Ocio y tiempo libre*: aislamiento, conflicto para manejar el ocio, limitaciones para disfrutar, falta de motivación e interés.

Por tanto, resumiendo todo lo dicho con los tres criterios expuestos, la enfermedad mental grave “designa al conjunto de personas que sufren entidades clínicas diferentes pero que además evidencian una serie de problemas comunes que se expresan a través de diferentes discapacidades”⁹⁸,

terapeutas ocupacionales, educadores sociales, técnicos de empleo, etc.), complementariamente al tratamiento médico y farmacológico prescrito por los equipos de los centros de salud mental.

⁹⁶ GONZÁLEZ CASES, J. C., *Violencia en la pareja...*, cit. pp. 31-32, como “por ejemplo: recibir prestaciones económicas por la discapacidad, necesitar ayuda en el uso de servicios, dificultades en las actividades de la vida diaria, dependencia de cuidadores o servicios, dificultades en el funcionamiento social, dificultades en el funcionamiento laboral, alta vulnerabilidad al estrés, etc.”.

⁹⁷ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 89-90.

⁹⁸ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, cit., p. 81.

que nosotros aglutinamos en el macro concepto de discapacidad mental que pasamos a continuación a describir en qué consiste⁹⁹.

4. Déficits provocados en la persona por el trastorno mental

A pesar de que compartimos la visión, ya expuesta por otros autores¹⁰⁰, de que es necesario superar el modelo basado en la discapacidad y el síntoma por otro modo de intervención que se centre en mayor medida en el desarrollo de capacidades, competencias y bienestar de las personas que sufren problemas mentales, entendemos que hay que describir someramente en qué consiste la discapacidad mental porque nos servirá para el resto de nuestro estudio.

Trataremos de dar una visión homogénea y lo más general posible sobre el tema pero hay que tener en cuenta que, como vimos, son múltiples las patologías y los diagnósticos clínicos que engloba la discapacidad mental que tiene como consecuencia lo que se ha denominado como “variabilidad en términos sincrónicos y diacrónicos”¹⁰¹, esto es, las diferencias que existen entre unos miembros y otros del mismo colectivo¹⁰² en un momento dado y entre cada individuo concreto en su propia evolución temporal. En efecto, no sólo se

⁹⁹ Como afirman ELS, C., KUNYK, D., HOFFMAN, H. y WARGON, A., “Workplace Functional Impairment Due to Mental Disorders”, en *Mental Illnesses - Understanding, Prediction and Control*, Prof. Luciano LABATE (Ed.), InTech, 2012, accesible en línea en: <http://www.intechopen.com/books/mental-illnessesunderstanding-prediction-and-control/workplace-functional-impairment-due-to-mental-disorders>, p. 344-345, la discapacidad mental no se puede basar únicamente en el diagnóstico clínico.

¹⁰⁰ Al respecto, vid. VÁZQUEZ VALVERDE, C. y NIETO MORENO, M., “Rehabilitación en salud mental: viejos problemas y nuevas soluciones”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., especialmente pp. 68-74 y bibliografía que allí se cita.

¹⁰¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 512.

¹⁰² ELS, C., et al., “Workplace Functional Impairment Due to Mental Disorders”, cit., p. 345.

da la circunstancia de que dos personas con distinto diagnóstico clínico tengan limitaciones diferentes sino que puede ocurrir que dos personas con una misma categoría clínica puedan presentar dificultades prácticas algo diferentes¹⁰³ y, lo que es más frecuente aún, que una misma persona en su itinerario vital pueda evolucionar en sus restricciones personales. Todo ello nos lleva a concluir que la ‘regla de oro’ es la individualización al caso concreto¹⁰⁴ y ello tendrá importantes consecuencias en temas tan trascendentales para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como son la incapacidad (temporal y permanente), la adaptación del puesto de trabajo, la prevención de riesgos laborales, la ineptitud sobrevenida, etc.

No obstante lo anterior, trataremos de dar una visión global pero tendremos que distinguir alguna característica específica del trastorno límite de la personalidad. En general, como indica BLANCO DE LA CALLE¹⁰⁵ sí se puede afirmar que las enfermedades mentales graves conllevan alteraciones cognitivas que dificultan el procesamiento de la información. Éstas pueden darse o no, en diferente grado y forma en cada categoría diagnóstica y, por ello, hay algunas deficiencias cognitivas que se observan en los trastornos psicóticos esquizofrénicos que no se dan en los trastornos afectivos (depresión, bipolar, etc.), y viceversa.

¹⁰³ En relación a la esquizofrenia, ÁLAMO GONZÁLEZ, C., CUENCA FERNÁNDEZ, E., LÓPEZ MUÑOZ, F. y GARCÍA GARCÍA, P., “Neurolépticos y fármacos antipsicóticos. Aspectos farmacológicos de la evolución del tratamiento de la esquizofrenia”, en CHINCHILLA MORENO, A., *Las esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos y terapéuticos*, Elsevier Doyma, Barcelona, 2007, p. 347.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, especialmente p. 12: “Las distintas enfermedades mentales pueden necesitar respuestas diferentes” y p. 14: “Adapte los planes y las acciones a las necesidades de la persona afectada” y “No piense en un plan universal cada plan ha de personalizarse”. Accesible en: http://www.insht.es/PromocionSalud/Contenidos/Promocion%20Salud%20Trabajo/Ambitos/ficheros/SaludMental_Empleo_GuiaEmpleadores.pdf [21/04/2015]

¹⁰⁵ “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 83-89.

El deterioro en el procesamiento de la información es el que ocasiona un conjunto de déficits neuropsicológicos que se pueden resumir en la siguiente tabla¹⁰⁶:

“- *Percepción*: Procesamiento más lento en los primeros momentos de la codificación, problemas en procesos automáticos de reconocimiento así como una percepción global más disgregada.

- *Atención*: Respuesta de orientación inicial enlentecida, una amplitud de aprehensión reducida y un rendimiento pobre en tareas que demandan atención, teniendo dificultades en separar la información relevante de la irrelevante.

- *Memoria*: Rendimiento pobre en tareas de recuerdo, así como aquellas que requieren organización del material, aunque el rendimiento es adecuado si el material es altamente afectivo. Dificultades en la flexibilidad cognitiva y en la realización de tareas complejas.

- *Pensamiento*: Dificultades de abstracción (separación de lo relevante y lo irrelevante). Procesos erróneos en la secuencia de pensamientos. Errores atribucionales. Dificultades en la elección de acciones y en la monitorización de su eficacia.”

Por su parte, para las personas con trastorno límite de la personalidad, existen “tres disfunciones básicas: relaciones interpersonales alteradas, desequilibrio afectivo o emocional y falta de control sobre la conducta o impulsos”¹⁰⁷.

El origen de los déficits cognitivos o de las disfunciones básicas de los trastornos límite de la personalidad de los que hemos hablado y, por tanto, las causas concretas de las enfermedades mentales graves están aún por descubrir.

¹⁰⁶ Ídem, pp. 85-86.

¹⁰⁷ DE FLORES, T., SOTO, Á. y SÁNCHEZ, C., *Trastorno límite de la personalidad a la búsqueda del equilibrio emocional...*, cit., p. 19.

Sin embargo, “la OMS recuerda que los avances en la neurociencia y las ciencias de la conducta han demostrado que, al igual que muchas enfermedades orgánicas, los trastornos mentales y conductuales son consecuencia de una compleja interacción de factores biológicos, psicológicos y sociales”¹⁰⁸. Esto es, ciertas predisposiciones genéticas interactúan con concretas situaciones de estrés ambiental para producir estas enfermedades (modelo de vulnerabilidad).

En este punto es reseñable indicar que en los estudios que han tratado de determinar la etiología de los trastornos mentales se ha concluido que, como regla general, el trabajo no es un factor causal para el desarrollo de estas patologías sino que, al contrario, puede proteger del desarrollo de enfermedades mentales graves¹⁰⁹ cuestión en la que nos detendremos enseguida.

¹⁰⁸ DESVIAT MUÑOZ, M., “El devenir de la reforma psiquiátrica”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 55, que continúa con la siguiente cita del Informe Salud Mental en el Mundo 2001, publicado por la OMS “Aunque nos queda mucho que aprender, disponemos ya de los conocimientos y la capacidad para reducir la carga que suponen las enfermedades mentales y del comportamiento en todo el mundo”.

¹⁰⁹ ELS, C., KUNYK, D., HOFFMAN, H. y WARGON, A., “Workplace Functional Impairment Due to Mental Disorders”, en *Mental Illnesses - Understanding, Prediction and Control*, Prof. Luciano LaBate (Ed.), InTech, 2012, Accesible en línea en: <http://www.intechopen.com/books/mental-illnessesunderstanding-prediction-and-control/workplace-functional-impairment-due-to-mental-disorders>. En concreto, p. 348, donde literalmente indican: “Working, unlike the commonly understood etiological factors, is not viewed as a risk factor and therefore also not a cause of the development of a mental disorder or substance-related disorder. Despite common claims made by workers suffering from mental disorders, there is a lack of definitive empirical evidence to suggest that employment is a causal factor in the development of mental disorders. In determining the etiology, it is commonly understood that non-occupational factors are overwhelmingly deemed as causal and relevant agents in the development of mental disorders. In other words, work does not cause mental illness or addiction, but work rather protects against the development of mental disorders”. Sin embargo, por excepción, como estos mismos autores indican, puede ocurrir como de hecho sucede en los Trastornos de Estrés Postraumático que pueda deberse a causas profesionales, al someterse o estar expuesta una persona a una situación estresante en la que llega a temer por su vida. De ahí que el Consejo de Administración de la OIT aprobó el 25 de marzo de 2010 una nueva lista de enfermedades profesionales, en la que se incluyen por primera vez los trastornos mentales y del comportamiento (epígrafe 2.4). Concretamente, el punto 2.4.1., codifica al Trastorno de estrés postraumático (TEPT) tras exposición a un estresor traumático en el trabajo, como puede ocurrir tras accidentes graves y a consecuencia de experiencias de violencia grave, externa o interna que ponen en peligro la vida o la integridad del trabajador.

Como consecuencia de la enfermedad mental grave, la persona que la padece experimenta un deterioro que se evidencia en “la pérdida de habilidades para el adecuado desempeño de roles sociales” o, en otras palabras, una disminución en la competencia personal que provoca “toda una cohorte de fallos en el funcionamiento psicosocial”¹¹⁰. Existen deterioros en los procesos cognitivos que permiten que el individuo muestre una respuesta eficaz al ambiente, que se reconozca como competente y que tenga capacidad para afrontar una situación nueva. “Saber instrumentalmente realizar una conducta debe acompañarse de unas actitudes cognitivas que configuran la capacidad de afrontamiento de un sujeto. Aspectos como la motivación, la autoestima, el autoconcepto son tan importantes o más que la habilidad instrumental concreta. Y estos procesos cognitivos fallan en muchos casos en los pacientes psicóticos”¹¹¹. En definitiva, merma “la capacidad que el sujeto tiene para hacer frente a estresores ambientales que encuentra o que él mismo crea”¹¹².

Terminamos este apartado como lo hemos comenzado, haciendo una especial mención a que cada sujeto puede tener un nivel de adaptación distinto, con recursos diferentes y presentando conductas dispares: por ejemplo, el aislamiento social que sería una respuesta para disminuir la sobrecarga estimular que no tienen capacidad de asimilar, la sobreactivación física (sudoración, etc.) consecuencia del exceso de respuestas de defensa ante situaciones novedosas también o, en fin, la evitación del estrés que supone iniciar o mantener relaciones con otras personas, todas estas conductas pueden presentar diferentes escalas.

¹¹⁰ Ambas expresiones en BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 88 y 83 respectivamente.

¹¹¹ *Ibídem*.

¹¹² *Ibídem*.

Y es que, como dice el Informe Salud Mental en el Mundo 2001, publicado por la OMS¹¹³, “Aunque nos queda mucho que aprender, disponemos ya de los conocimientos y la capacidad para reducir la carga que suponen las enfermedades mentales y del comportamiento en todo el mundo”.

5. El reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad mental

Antes de abordar las dificultades de inserción laboral del colectivo y los beneficios que ésta puede tener en el desarrollo de la patología mental que sufre la persona, queremos detenernos a analizar el procedimiento normativo para el reconocimiento del grado de discapacidad mental que está regulado en el “Baremo de Enfermedad Mental” (anexo 1.A, capítulo 16, del RDPD¹¹⁴, que para su consulta hemos incluido sintetizado en el Anexo 1 de este trabajo)¹¹⁵.

Tal baremo divide la discapacidad en cinco grupos o tipos a los que denomina “Clases de Discapacidad”. Vienen numerados utilizando los dígitos romanos del I al V. La clase I no tiene nombre pero el resto sí vienen identificados: la clase II o discapacidad leve, la III moderada, la IV grave y la V muy grave. Asimismo, a cada grupo o clase de discapacidad le viene asociado un determinado grado o porcentaje de discapacidad. Así, la clase I sería un 0 por ciento de discapacidad (no tendría discapacidad); la clase II (leve) estaría entre el 1 y el 24 por cien; la III (moderada) entre un 25 y un 59 por ciento; la IV

¹¹³ Vid. <http://www.who.int/whr/2001/es/> [acceso 07/07/2013].

¹¹⁴ Incluido en la Corrección de errores del RDPD, BOE de 13 de marzo de 2000, páginas 10.299-10.302.

¹¹⁵ Sobre el procedimiento en general de determinación y revisión del grado de discapacidad, vid. el trabajo de ALONSO-OLEA GARCÍA, B. en *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Tributario*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 67-85. Mucho más breve y reciente, BLASCO LAHOZ, J. F., “La calificación y revisión del grado de discapacidad”, *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, 9, enero 2013, pp. 257-262.

(grave) vendría asociado a un grado entre el 60 y el 74 por ciento y, en fin, la clase V (muy grave) tendría un porcentaje superior al 74 por ciento.

Estar situado en una clase u otra de discapacidad mental dependerá no sólo del diagnóstico clínico sino fundamentalmente de la descripción del funcionamiento real del sujeto tanto en su vida diaria como en el ámbito laboral. En efecto, el baremo divide las enfermedades mentales en cinco tipos: 1) trastornos mentales orgánicos; 2) esquizofrenia y trastornos paranoides; 3) trastornos afectivos; 4) trastornos de ansiedad, adaptativos y somatoformos y 5) trastornos de la personalidad. No obstante, para saber el grado de discapacidad de la persona no basta con el diagnóstico clínico sino que tiene mayor relevancia la capacidad funcional del sujeto. Como antes ya indicamos, tal concepción supone un avance al no entender a la PTMG exclusivamente desde el prisma estrictamente médico y se consiguió por el trabajo de los equipos multiprofesionales (compuestos por psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, técnicos de empleo, educadores sociales, etc.), que ponían en práctica tratamientos de rehabilitación de PTMG¹¹⁶.

Hay que resaltar que el funcionamiento laboral del sujeto es preponderante teniendo una importancia mayor si cabe que el desenvolvimiento de la PTMG en el resto de órdenes de la vida como a continuación se verá.

En concreto, en las clases I y II (leve) de discapacidad se sitúan las personas que aun sufriendo una patología mental de cualquiera de las cinco clases antedichas, bien no supone disminución alguna de su capacidad funcional (clase I), bien pueden llevar a cabo una vida autónoma y mantener una actividad laboral normalizada y productiva excepto en períodos de importante aumento del estrés psicosocial o descompensación (clase II o discapacidad leve). En tales momentos, tal como se indica en el baremo “puede ser necesario un tiempo de reposo laboral junto a una intervención terapéutica adecuada”.

¹¹⁶ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 79.

En estas dos clases al no llegar al 25% de discapacidad no se pueden computar los factores sociales pues, como se sabe, sólo pueden tenerse en cuenta a partir de contar con un porcentaje superior al referido 25%, tal como indica el Anexo 1.B del RDPD¹¹⁷. La consecuencia más importante es que estas dos clases de discapacidad mental no alcanzan el grado del 33% que exige la LGD para ser reconocido “a todos los efectos” como PCD.

Por su parte, se le asignará la clase III o discapacidad moderada a aquella persona cuya capacidad tanto para realizar las actividades de la vida diaria (en donde se incluyen expresamente los contactos sociales), como, específicamente, sus posibilidades de desempeñar un trabajo remunerado en el mundo laboral en empresas abiertas u “ordinario”¹¹⁸, se encuentra restringida moderadamente. Las diferencias claves con la clase II o discapacidad leve se encuentran en que, por un lado, el tratamiento y medicación “pueden ser necesarios de forma habitual” y, en segundo término, los síntomas de las diferentes enfermedades psiquiátricas son persistentes o recurrentes dando lugar a períodos de crisis más frecuentes. En el baremo se llega a concretar el alcance temporal de cada tipo de dolencia mental de una manera muy detallada (“síntomas psicóticos durante más de medio año” en la esquizofrenia y los trastornos psicóticos, en los trastornos afectivos se concretan en depresión mayor “de más de dieciocho meses” o trastornos bipolares que requieren “más de dos internamientos en un año, o cinco en los últimos tres años”, etc.).

Hay que indicar que la clase III o discapacidad moderada tiene asociado el intervalo más amplio de porcentaje de discapacidad de todas las clases de discapacidad mental pues va desde el 25 al 59 por ciento de Discapacidad. Ello da una idea de la diversidad de funcionamientos que pueden darse dentro de la misma clase de discapacidad. Para ayudar al equipo evaluador, la regulación

¹¹⁷ Para ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 72, debería tenerse más en consideración las circunstancias sociales de las PCD.

¹¹⁸ Como se sabe, se denomina mundo laboral “ordinario” o “abierto” en contraposición al “protegido” o en centros especiales de empleo o enclaves laborales que es un tipo de empleo regulado por la LGD en sus artículos 37.2 y 43 a 46.

establece dos subclases de discapacidad moderada. Una primera a la que se le asociaría el tramo entre un 25 y un 44 por ciento de discapacidad y la segunda que iría entre los porcentajes del 45 y el 59. Ambos subtipos coinciden en que la restricción es moderada de la capacidad funcional y, por ello, la persona ya precisa de apoyos concretos para sobrellevar su situación mas en el segundo las dificultades, limitaciones o necesidades de apoyo son mayores que en el primero. La diferencia estriba en si la sintomatología clínicamente evidente que subsiste a pesar de la medicación le interfiere notablemente, o no, en la actividad de la persona. Para el ámbito específicamente laboral la cuestión está en determinar si el individuo es capaz, o no, “de desarrollar una actividad laboral normalizada y productiva la mayor parte del tiempo, con supervisión y ayuda” o si sólo puede trabajar “en ambientes laborales protegidos con supervisión mínima”. Por tanto, si puede trabajar en empresas ordinarias aunque sea precisando una ayuda relativamente importante, se le asignará el porcentaje inferior de esta clase (entre un 25 y un 44 y, por nuestra experiencia, siempre como mínimo un 33%). Si, en cambio, la PTMG sólo puede trabajar en el denominado empleo protegido, aunque sea con mínima supervisión, su porcentaje de discapacidad estará comprendido entre un 45 y un 59 por ciento.

Por lo que respecta a la clase IV o discapacidad grave, comprende aquellas situaciones en que la restricción de la capacidad funcional para las actividades de la vida diaria (“posibilidades de desplazarse, de preparar o ingerir los alimentos, de atender a su higiene personal y al vestido, de cuidar de su hábitat y realizar las tareas domésticas, de comunicarse y tener contactos sociales”) pasa de ser moderada (clase III) a “grave”. Tal situación se da cuando la persona necesita “supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos”. En cuanto al desempeño laboral, el baremo establece que estas PTMG “no pueden mantener una actividad laboral normalizada y con dificultad en centros de Educación Especial” (entendemos que se quiere referir a Centros Especiales de Empleo) y aunque puede llegar a Centros Ocupacionales (que no existen para este tipo de discapacidad pues sólo están previstos para las discapacidades intelectuales) “el rendimiento suele ser pobre

o irregular”. ¿Por qué ocurre todo esto? Porque las PCDM grave presentan “deficiencias importantes en la capacidad para mantener la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas y repetidos episodios de deterioro o descompensación asociados a las actividades laborales, como consecuencia del proceso en adaptarse a circunstancias estresantes”. Más allá de los errores en la denominación de los centros, que denota un desconocimiento injustificable en una norma tan técnica como la que se estudia, nos parece destacable remarcar cómo la discapacidad mental grave provoca en la persona una prácticamente nula capacidad laboral.

Esta situación se intensifica, como es obvio, en la última de las clases de discapacidad mental, la quinta o discapacidad muy grave en la que, taxativamente, se establece que “no existen posibilidades de realizar trabajo alguno, ni aun en centros ocupacionales supervisados” (léase, Centros Especiales de Empleo pues, insistimos, tales centros ocupacionales sólo están previstos para la discapacidad intelectual).

Por consiguiente, a partir del 60% de discapacidad mental (clases grave y muy grave), la inserción laboral parece imposible y lo único que conlleva el reconocimiento legal de discapacidad es la posibilidad de poder tener acceso a una prestación pública (no contributiva de invalidez o por hijo a cargo, que serán estudiadas pormenorizadamente en el capítulo dedicado a la protección social). Decimos el sesenta por ciento porque suele añadirse en estos casos los puntos de discapacidad necesarios por factores sociales para alcanzar el mínimo del 65% que se exige para tener derecho a las prestaciones antes indicadas.

Una consideración más merece la pena realizar como conclusión de este apartado, a saber: los funcionamientos que hemos descrito en los anteriores párrafos y muy especialmente las capacidades laborales que atesoran las PCDM que son en las que más nos hemos fijado dada la temática de nuestro trabajo, son comunes en cada clase de discapacidad a los cinco tipos de patologías mentales. Esto es, al igual que hemos hecho nosotros al describir en qué consiste la discapacidad mental, el RDPD también establece que los diferentes tipos de

diagnósticos de enfermedades mentales graves pueden tener como resultado un funcionamiento muy similar. Las personas con esquizofrenia pueden tener las mismas dificultades y presentar similar funcionamiento y carencias que otra con trastorno bipolar o con depresión mayor. Ello coincide con nuestra experiencia en la inserción laboral de PCDM si bien podríamos hacer una reserva en relación a las personas diagnosticadas de trastorno de la personalidad cuya problemática parece en alguna medida diferenciarse del resto y no tanto por su capacidad funcional en el desempeño de la tarea, que es mayor que en el resto de trastornos mentales, sino por su incapacidad de sobrellevar las relaciones sociales existentes e ineludibles en todo ambiente laboral.

6. Dificultades de inserción laboral del colectivo

Una vez visto a nivel general en qué consiste la discapacidad mental, y aunque ya se ha dicho algo (o bastante) en el anterior apartado, nos centramos ahora en concretar sus principales dificultades para la inserción laboral. Que existen muchos grupos de trabajadores a los que les cuesta el acceso y su mantenimiento en el ámbito laboral es por todos conocido¹¹⁹, pero no es menos cierto que el colectivo de PCDM presenta singularidades pues sus dificultades “suelen ser de naturaleza y dimensiones múltiples, variables individualmente a lo largo del tiempo entre unas y otras personas y, en conjunto, bastante

¹¹⁹ Sobre el particular, entre otros, OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La “subjetivación” de las políticas activas de empleo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008. También, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. Y, en fin, AA.VV., CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, nº 21, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004. Vid. también, el interesante artículo de AGUDO, A., “Es trabajo, no beneficencia. Los programas de inserción laboral de colectivos vulnerables son claves para su proyecto de vida”, Elpais.com, 2 de junio de 2014, en el que se indica que un 27,3% de los ciudadanos en España están en riesgo de exclusión social o pobreza e identifica los colectivos de “ex reclusos, víctimas de violencia de género, personas con discapacidad, gitanos o inmigrantes” como los grupos de personas con serias dificultades para encontrar un empleo.

diferentes a las que afectan a los miembros de otros colectivos con dificultades de empleo”¹²⁰.

En conjunto, los obstáculos devienen del encadenamiento de distintos factores que se pueden agrupar didácticamente en los cinco bloques siguientes¹²¹:

A. Efectos directos de la propia enfermedad:

Como se vio anteriormente, la enfermedad mental grave afecta habitualmente a áreas muy diversas de la persona, entre las que se encuentran al menos las cognitivas, perceptivas, afectivas y relacionales que producen alteraciones en distintos aspectos que tienen que ver con el empleo (habilidades sociales básicas para el trabajo como la puntualidad, ritmo de trabajo, calidad de la tarea, relaciones con los compañeros/as o superiores, etc.).

En cada persona puede tener un nivel o grado de impacto diferente, teniendo evoluciones habitualmente bastante diversas por lo que, en la mayoría de los casos, es difícil de predecir, lo que limita las posibilidades de una intervención preventiva mínimamente efectiva.

¹²⁰ Seguimos en este punto básicamente lo establecido por LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 515. Preferimos esta división a la establecida por AUGUSTO COLIS, J., “Capítulo 3: problemática y dificultades para la inserción laboral de las personas con enfermedad mental crónica”, en *Rehabilitación Laboral de Personas con Enfermedad Mental Crónica: programas básicos de intervención*, Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales, Consejería de Servicios Sociales, Comunidad de Madrid, 2001, p. 47, que divide las dificultades en dos grandes grupos: las derivadas del prejuicio social y las de la propia enfermedad. Aunque coinciden prácticamente ambos trabajos, nos parece más didáctico el utilizado por LÓPEZ ÁLVAREZ et al. No obstante, añadimos el punto de las dificultades derivadas de las políticas institucionales establecido en su día por CARRERAS, P., “La adecuación de la formación y el empleo para personas con enfermedad mental”, en *Revista de la Asociación Madrileña de Rehabilitación Psicosocial*, número monográfico de examen a la Rehabilitación Laboral, nº 13, 2001, pp. 32-34 en la que incluimos algunos puntos que LÓPEZ ÁLVAREZ et al. incluían en el apartado de “barreras sociales”.

¹²¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, cit., pp. 515-517.

B. Repercusiones de la enfermedad sobre los prerequisites para el trabajo:

La enfermedad mental grave también afecta a la historia personal del sujeto y, al aparecer por regla general al final de la adolescencia y principios de la edad adulta, fundamentalmente tiene una incidencia muy negativa en las condiciones de formación y primeras experiencias laborales que son tan necesarias para una inserción laboral adecuada y predictores del mantenimiento de la persona en el mundo laboral.

Por tanto, la enfermedad mental grave daña, habitualmente, los procesos de aprendizaje y desempeño laboral y favorece el desarrollo de un conjunto de actitudes, valores y aspiraciones inadecuadas en relación con el empleo.

En fin, también se da el caso de PTMG con formación que no son capaces de afrontar un empleo propio de su profesión en la que se han preparado. Ejemplos de ello podrían ser aquellas personas que tienen que bajar sus expectativas “por no ser capaces de afrontar la responsabilidad y el estrés de empleos altamente cualificados (médicos, abogados, biólogos, etc.)”¹²².

C. Efectos de la atención sanitaria y social:

Se incluyen aquí, por un lado, los efectos secundarios de la medicación que toman las personas con discapacidad mental, por otro, la ausencia para la gran mayoría de sujetos afectados por una enfermedad mental grave de estrategias de rehabilitación de destrezas laborales que ocasiona que se retarde la salida a empleo en el momento adecuado y, por último, las potenciales interferencias entre el horario laboral y el de atención sanitaria y social que repercutirá negativamente en el mantenimiento del trabajo.

¹²² SOBRINO CALZADO, T., “La Inserción Laboral de la persona con Enfermedad Mental Crónica”, en *Revista de la Asociación Madrileña de Rehabilitación Psicosocial*, número monográfico de examen a la Rehabilitación Laboral, nº 13, 2001, p. 13.

D. Barreras sociales:

En este punto incluimos dos aspectos:

- Por un lado, el llamado ‘estigma social’¹²³, complejo entramado de actitudes sociales negativas que afecta de manera diferente, pero siempre negativa, tanto a los propios sujetos, a su familia, a los profesionales del sector y al resto de agentes sociales implicados en el empleo de este colectivo (empresarios, sindicatos, compañeros/as de trabajo, responsables de empresas de formación, etc.)¹²⁴.
- Y, por otro, el papel de la familia, que puede obstaculizar la inserción laboral por diversos motivos (experiencia negativa respecto a trabajos anteriores, desconfianza de las aptitudes de su familiar, “sobrevaloración de los inconvenientes de trabajar e infravaloración de sus ventajas”, miedo a posibles recaídas, y a cambios en el entorno familiar si su familiar con trastorno mental llega a trabajar, etc.)¹²⁵

¹²³ Al respecto, vid. el Informe del Parlamento Europeo sobre la salud mental [2008/2209 (INI)], de 28 de enero de 2009 que en su considerando “S” indica literalmente: “Considerando que la discriminación y la exclusión social que sufren las personas con problemas de salud mental y sus familias no son solo consecuencia de los trastornos mentales, sino también de su estigmatización, rechazo y marginación, y que son factores de riesgo que oponen obstáculos a la petición de ayuda y al tratamiento”. Vid. también, entre otros, el trabajo de MUÑOZ LÓPEZ, M., PÉREZ SANTOS, E. y GUILLÉN, A. I., “El estigma de la enfermedad mental: definición e intervención”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 687-711. Consúltese igualmente, VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar...*, cit., pp. 76-84. También, en el artículo “Es trabajo, no beneficencia. Los programas de inserción laboral de colectivos vulnerables son claves para su proyecto de vida”, *Elpais.com*, 2 de junio de 2014, se habla del estigma de las PCDM: “Hay temores a contratar a un enfermo mental (...) porque creen que su estado físico no va a responder a las exigencias del trabajo”.

¹²⁴ Vid. SOBRINO CALZADO, T., “La Inserción Laboral de la persona con Enfermedad Mental Crónica”, cit., p. 13, cuando indica: “Los empresarios, como parte de esta sociedad, también tienen una imagen negativa de este colectivo, y sus miembros son considerados incapaces o demasiado problemáticos para ejercer como trabajadores productivos en el mercado laboral ordinario”.

¹²⁵ SOBRINO CALZADO, T., “La Inserción Laboral...”, cit., pp. 13-14. A este respecto, vid. MUÑIZ, E. y NICOLÁS, M., “Capítulo 12: intervención con familias en el proceso de rehabilitación laboral”, en *Rehabilitación Laboral de Personas con...*, cit., p. 133, que indican cómo hay estudios que han demostrado “que aquellas personas cuyas familias preferían que realizara actividades ocupacionales y cobrara una pensión se mantenían menos en el puesto de trabajo

E. Dificultades derivadas de las políticas institucionales:

Aquí se incluyen cuatro tipos de problemas interrelacionados:

- El efecto desincentivador de determinadas políticas sociales, como es el caso de las pensiones [contributivas, no contributivas y asistenciales], que funcionan habitualmente como un factor disuasorio, competitivo frente al empleo. Ello se tratará en el capítulo correspondiente a la protección social.
- La infradotación de los recursos materiales y humanos destinados a apoyar el empleo de las PCDM que lleva, entre otros efectos, a que se conozcan poco las necesidades específicas de este colectivo y provoca en la práctica que sean excluidos no sólo de los recursos de empleo “normalizados” sino incluso de programas de inserción de colectivos con dificultades de inserción laboral que no se arriesgan a su intermediación, por su desconocimiento de las peculiaridades de este tipo de personas.
- La falta de recursos formativos y laborales específicos para el colectivo.
- Políticas institucionales que subvencionan principalmente cursos cortos de formación para desempleados y en mucha menor medida cursos de especialización para proseguir con su itinerario formativo que facilite su inserción laboral.

Pero junto con estas dificultades de las PCDM expuestas, existen evidencias científicas tanto de los beneficios del trabajo para la evolución de la enfermedad mental grave, como de los principales apoyos que precisan para su inserción laboral exitosa. Ambos aspectos pasamos a desarrollarlos a continuación.

que aquellas que vivían en un ambiente potenciador de la actividad laboral y la resolución de problemas”.

7. Efectos beneficiosos del trabajo para las PCDM

El trabajo tiene significados positivos para toda persona¹²⁶ y, en concreto, atesora beneficios comprobados científicamente para las personas que sufren una enfermedad mental grave¹²⁷. Resumidamente, se pueden considerar en tres niveles¹²⁸:

Como *actividad productiva*, sujeta a algún tipo de organización y cooperación entre personas, puede servir por sí misma como estímulo para el desarrollo cognitivo, a la vez que ayuda a estructurar y organizar la vida cotidiana, así como a desarrollar y reforzar algunas habilidades básicas para la misma. Pero también funciona como vehículo de relaciones sociales, dentro y fuera del ámbito laboral estricto.

Como *actividad retribuida*, tener un empleo permite en nuestra sociedad disponer de una fuente de ingresos que ayuda a mantener la independencia económica y la autonomía social imprescindibles para la permanencia activa en la comunidad y el ejercicio de derechos ciudadanos básicos¹²⁹.

¹²⁶ Vid. al respecto, SALANOVA, M., GRACIA, F. J. y PEIRÓ, J. M., “Significado del trabajo y valores laborales”, en PEIRÓ, J. M. y PRIETO, F. (Eds.), *Tratado de Psicología del Trabajo. Vol. II: Aspectos psicosociales del trabajo*, Síntesis, Madrid, 1996. También, ELS, C., KUNYK, D., HOFFMAN, H. y WARGON, A., “Workplace Functional Impairment Due to Mental Disorders”, cit., p. 342.

¹²⁷ HENDERSON, M., et. al., “Work and common psychiatric disorders”, J. R. Soc. Med., nº 104, 2011, p. 199 (versión electrónica), “Estar en el trabajo se asocia con una menor prevalencia de la depresión y una menor incidencia de suicidio, mientras que estar en desempleo de larga duración conlleva estos riesgos”.

¹²⁸ Vid. LÓPEZ ÁLAVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 514-515.

¹²⁹ En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 425-426, “el trabajo, en nuestras sociedades, seguiría siendo el instrumento por excelencia para adquirir derechos y deberes respecto a la sociedad y de que ésta los adquiriera respecto al individuo”.

Además, como *actividad socialmente valorada*, el empleo contribuye significativamente a aumentar la autoestima y a construir su autoimagen de lo que realmente puede hacer, ayudando a tener aspiraciones más ajustadas lo que provocará que la persona se inserte en un círculo virtuoso pues intentará hacer sólo lo que está a su alcance, normalmente con resultado satisfactorio y ello redundará en que se encuentre mejor de su patología y pueda, incluso, llegar a “recuperarse”. Con este término de “recuperación” (en inglés *recovery*), se pone de manifiesto una nueva forma de entender los problemas de salud mental. Se trata de que la persona más que curarse, se recupere, esto es, pueda volver a tener un sentido de su vida, con independencia de la enfermedad mental grave y sus síntomas y consecuencias, incluso aunque éstos se mantengan y no remitan totalmente¹³⁰. La meta sería que la PCDM pueda mantener, aumentar, mejorar y aprovechar al máximo su capacidad funcional que pese a la patología mental sigue atesorando. En fin, considerar a la persona como ciudadano y no tanto como un enfermo caracterizado por déficits, discapacidades y síntomas¹³¹.

En conclusión, en relación a cómo afecta la realización de un trabajo para las personas con enfermedad mental grave “se puede afirmar que, aunque no estén claras las repercusiones sobre la sintomatología positiva (no parece ocasionar ni mejorías ni descompensaciones) y negativa (parece haber en ocasiones ligeras mejorías), sí se constatan repercusiones positivas en áreas como el funcionamiento social, el grado de satisfacción, la autonomía personal y en definitiva, la calidad de vida”¹³². Para entender esta aseveración es necesario tener en cuenta que la sintomatología psicótica se divide habitualmente en

¹³⁰ Existe ya numerosísima bibliografía al respecto. Vid., entre otros, LIBERMAN, R. P. y KOPELWICZ, A., “Un enfoque empírico de la recuperación de la esquizofrenia: definir la recuperación e identificar los factores que pueden facilitarla”, en *Rehabilitación Psicosocial*, 1(1), 2004, pp. 12-29.

¹³¹ VÁZQUEZ VALVERDE, C. y NIETO MORENO, M., “Rehabilitación en salud mental: viejos problemas y nuevas soluciones”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., especialmente pp. 74 y 75.

¹³² LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 524.

positiva y negativa según esté por exceso o por encima (positivo) o por debajo o por defecto (negativo) de un funcionamiento mental normal. A su vez, debemos tener en cuenta que existen síntomas clínicos, narrados por el paciente, y signos clínicos, observables directamente por el terapeuta. Por tanto, se podrá dar sintomatología positiva (delirios y alucinaciones), signos positivos (conductas incongruentes tanto afectivas, como lingüísticas, como corporales) y signos negativos (conductas defectuales: pobreza de la acción, inhibición, retraimiento social y afectivo)¹³³.

Insistimos, pues, en la idea esencial de que la inserción laboral de PCDM lejos de ser un agravante para el empeoramiento en su patología, pensamiento que está socialmente extendido, redundará en una mejora del funcionamiento de la persona y a la par de conseguir que la PTMG se encuentre mejor, hace que tenga menos ingresos psiquiátricos, consuma a larga una menor cantidad de fármacos y dependa en menor medida de prestaciones públicas para su subsistencia, cuestiones todas ellas con un impacto económico evidente e importante.

8. Principales apoyos para la inserción laboral y el mantenimiento del puesto de trabajo para las PCDM

Dados los beneficios recién expuestos en el apartado anterior que el trabajo tiene para las personas que sufren una enfermedad mental grave, es menester analizar cuáles son los apoyos más importantes que este colectivo precisa para superar o paliar su discapacidad y conseguir su efectiva inserción laboral.

¹³³ Sobre el tema, vid. BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 86-87.

Podríamos indicar que serían los siguientes¹³⁴:

1. *Cuando surge la enfermedad:*

- a. Continuar o reengancharse, en cuanto sea posible, a una actividad formativa. Para ello, quizá fuera interesante una Orientación Profesional¹³⁵.
- b. Mantener el grupo de amistades.
- c. Creer, tanto la propia persona, como su familia y, por supuesto, el equipo de salud mental que le atiende, que puede llegar a trabajar o, en su caso, seguir haciéndolo.

2. *Previos a la inserción laboral:*

- a. Tener un seguimiento muy individualizado de su evolución y tener acceso, si lo precisa, a un servicio social de rehabilitación vocacional-laboral¹³⁶.
- b. Contar con apoyos económicos, a través de prestaciones sociales públicas, durante el tiempo que dura el proceso de recuperación de la enfermedad mental grave. Dichas prestaciones deben estar

¹³⁴ De elaboración propia basada en nuestra experiencia profesional en la atención a las PCDM trabajando como parte de un equipo multidisciplinar de atención social y tras las lecturas técnicas en especial de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, cit. y AA.VV., *Rehabilitación laboral de personas con enfermedad mental crónica: programas básicos de intervención*, Consejería de Servicios Sociales, Comunidad de Madrid, Madrid, 2001.

¹³⁵ En el mismo sentido, el art. 17.2 b) LGD establece “la orientación profesional” dentro de los Apoyos para la actividad profesional” para las PCD. Extensamente sobre el tema vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó., “Los procesos de orientación profesional en personas con enfermedad mental”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, cit., pp. 299-318.

¹³⁶ Sobre la rehabilitación laboral para PCDM, vid. el art. 27.1.k) de la Convención que indica: “Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad”. Asimismo, extensamente, VALMORISCO PIZARRO, S., *Políticas públicas de rehabilitación laboral para personas con enfermedad mental. Los Centros de Rehabilitación Laboral (CRL) de la Comunidad de Madrid (2008-2012)*, Tesis Doctoral inédita, Getafe (Madrid), enero 2015.

diseñadas para acompañar hacia el empleo y no concebirse para que puedan sustituirlo indefinidamente.

- c. Poder realizar prácticas prelaborales, previas a la inserción laboral, que sirvan de transición al trabajo remunerado.
- d. Disponer de empresas sociales, más adaptadas a personas con problemas de empleabilidad, que sirvan bien de puente para la inserción en el mundo laboral ordinario, bien de “estación de llegada”, según la capacidad laboral que presente la persona.
- e. Conocimiento por parte de los departamentos de selección de las empresas de la realidad y necesidades de las personas con discapacidad en general y mental en particular. Sobre todo, para la fase de la entrevista personal.

3. Durante la relación laboral:

- a. La necesaria adaptación psicosocial de su puesto de trabajo.
- b. Tener acceso a una vigilancia de la salud periódica que tenga en cuenta su patología y necesidades pero que no impida realizar actividades que sí podría llegar a ejecutar.
- c. Tener la posibilidad de que un compañero de trabajo pueda tutorizarle durante los primeros tiempos en la empresa y, de esta manera, lograr una mejor adaptación al cambio que supone su nuevo trabajo y posibilitar su mantenimiento.
- d. Disponer, si lo necesita, de apoyos en el propio puesto de trabajo por parte de un preparador laboral especializado¹³⁷.
- e. Que profesionales especializados puedan realizar un seguimiento laboral para conseguir el ajuste entre la persona y su puesto de

¹³⁷ Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, D. y CASTELLANOS ALCÁZAR, L., “Ergonomía psicosocial. Adaptación de puestos de trabajo y sistemas de apoyo para trabajadores con enfermedad mental: empleo con apoyo”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, cit., pp. 421-453.

trabajo y para evitar riesgos de abandono del trabajador o despido por parte del empresario¹³⁸.

- f. Necesidades de seguimiento médico y social de su patología, siendo en ocasiones necesario que sea dentro del horario laboral.
- g. Para el caso de que tenga recaídas en su patología que conlleven la incapacidad temporal o permanente de trabajar, tener acceso, si lo necesita, a un servicio social rehabilitación vocacional-laboral que pueda servirle para recuperar las destrezas laborales necesarias para reincorporarse al mundo laboral.

En el presente trabajo desarrollaremos únicamente los apoyos jurídico-laborales y de Seguridad Social de la lista del apartado anterior. En concreto, los puntos 2 b. (apoyos económicos a través de prestaciones públicas durante el tiempo que dure su recuperación); 2 c. (prácticas prelaborales); 2 d. (empresas sociales, fundamentalmente Centros Especiales de Empleo, y su condición de 'puente' o 'estación de llegada'); 2 e. (certificado de discapacidad y entrevista de trabajo); y todos los que se precisa durante la relación laboral, esto es, 3 a. (adaptación psicosocial del puesto de trabajo); 3 b. (vigilancia de la salud y discapacidad mental); 3 c. (tutorización por un compañero); 3 d. y e. (seguimiento laboral y empleo con apoyo); 3 f. (seguimiento médico y social dentro del horario laboral) y, por último, 3 g. (Incapacidad Temporal y Permanente de las PCDM).

¹³⁸ Vid. DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA, C. y RODRÍGUEZ DE VELASCO, M., "Los procesos de búsqueda de empleo", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, cit., pp. 414-415.

CAPÍTULO II. IGUALDAD MATERIAL Y DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL.

A. Introducción.

Tal como hemos indicado en el capítulo anterior, la piedra angular del concepto de discapacidad son las barreras sociales existentes para con las personas que presentan algún tipo de limitación o deficiencia física, mental, sensorial o intelectual y, en esta misma línea, su necesidad de apoyos para superar dichos obstáculos que les permitan poder llevar una vida lo más normalizada posible, equiparándola al resto de personas de la sociedad. Siendo ello así, el análisis jurídico de esta realidad debe llevar a preguntarse sobre la naturaleza jurídica de estas medidas de apoyo que en nuestros ordenamientos jurídicos español y europeo se han venido concretando en medidas para lograr la igualdad de oportunidades y de resultado, no discriminación, acción positiva y ajustes razonables. En este capítulo las analizaremos con cierto detalle, si bien ya existe numerosa y autorizada doctrina constitucional y de nuestra disciplina que se ha encargado del particular¹³⁹. A continuación, en el resto de capítulos,

¹³⁹ La doctrina científica y nuestro Tribunal Constitucional han debatido intensamente sobre el alcance del artículo 14 CE y su naturaleza jurídica como valor fundamental, principio y derecho subjetivo. Uno de los estudios más significativos y ya clásico es el de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986. Existe asimismo numerosa doctrina constitucionalista que se han encargado tanto del principio de igualdad como de las acciones positivas. Vid. entre otros, SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1986; GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en AA.VV., *Derecho constitucional volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994 y, en fin, GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

desgranaremos las principales medidas de apoyo que precisan las PCDM tanto desde la óptica del Derecho del Trabajo como desde la Protección Social.

Si partimos de la noción que la discapacidad supone, tal como indica la letra “Y” del Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las PCD, una “profunda desventaja social”, lo cierto es que precisa la adopción de medidas de todo tipo que tengan como finalidad revertir esta situación y conseguir la igualdad de las personas con discapacidad. Nos situamos pues, como es sabido, en el ámbito del artículo 9.2 de nuestra Constitución española que recoge un mandato a los poderes públicos para que remuevan todos los obstáculos necesarios para conseguir la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo que supone en palabras de BAYLOS GRAU un verdadero compromiso para los poderes públicos para lograr “la gradual nivelación” de las situaciones de desigualdad económico-social que caracterizan nuestra sociedad moderna¹⁴⁰. En palabras de nuestro TC en una sentencia de sus primeros años, el artículo 9.2 CE “contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, y para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución” (STC 98/1985, F. J. 9 *in fine*)¹⁴¹. Tal precepto, pues, verdadero exponente de la proclamación constitucional del Estado Social de Derecho del primer artículo de nuestra Carta Magna¹⁴², resulta

¹⁴⁰ BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho Social, número 1, 1998, p. 19.

¹⁴¹ Tal como indica ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 78, “el artículo 9.2 CE es un precepto con una fuerte orientación hacia el logro de una igualdad sustancial, no sólo de los individuos, sino también –y sobre todo– de aquellos grupos y colectivos que padecen algún tipo de déficit en el disfrute de determinados derechos”.

¹⁴² La conexión del artículo 9.2 CE y la fórmula del Estado social ha sido puesta de relieve por nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 269/1994, de 3 de octubre, fundamento jurídico 4º. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 85: el artículo 9.2 CE “representa la concreción inmediata de las exigencias implícitas en el Estado social de Derecho proclamado en el art. 1.1”.

ser, como nos recuerda GIMÉNEZ GLÜCK, una opción política que propicia un ámbito de tutela cuyo objetivo no es otro que abolir las desigualdades materiales entre personas y colectivos, pudiéndose dispensar además “un trato formalmente desigual a favor de los desfavorecidos”¹⁴³. Como ya dijera ESTEBAN LEGARRETA “la cláusula de Estado social constituye un elemento valorativo e interpretativo de primer orden en el contexto del desarrollo normativo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad”¹⁴⁴.

No se trata de conseguir la igualdad absoluta entre todas las personas pues ello además de ser una quimera no sería beneficioso socialmente. De hecho, como se sabe, en nuestro Derecho, tal y como ha sido interpretado por nuestros más altos tribunales, se permiten las diferencias de trato que tengan una justificación objetiva, razonable y proporcional¹⁴⁵. En efecto, nuestro Tribunal Supremo entiende entre otras en su sentencia de unificación de doctrina de 29 de enero de 2001¹⁴⁶, que se deben vetar como discriminatorios sólo los factores de diferenciación especialmente rechazables y, por su parte, nuestro TC en sus SSTC 76/1986, de 9 de junio, la 128/1987, de 16 de julio o la 214/2006, de 3 de julio establece que la diferencia de trato no admisible es la que está desprovista de una justificación objetiva y razonable o cuando las medidas diferenciadoras son inapropiadas o carecen de proporcionalidad. Traemos específicamente un extracto de la STC 161/2004, de 4 de octubre, (F.J.

¹⁴³ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Estado social y acciones positivas: especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, en DÍAZ PALAREA, M. D. y SANTANA VEGA, D. M. (coord.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 39 y siguientes.

¹⁴⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 75-76.

¹⁴⁵ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 312. Este tema ha sido estudiado por la doctrina entre la que merece resaltar a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ-LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 38 y 158 y ss. que fueron de los primeros que entendieron que todas las desigualdades no generan discriminación sino sólo aquellas marcadamente “odiosas” o reprobables. También, GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, donde en diferentes capítulos va desgranando el juicio de igualdad. Más específico sobre Igualdad y Discapacidad, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., 85 y ss.

¹⁴⁶ RJ 2001/2.069.

3) por su labor de síntesis: “Como regla general, el principio de igualdad de trato exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad es, en suma, la desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida...”.

Por tanto, las diferencias de trato que atesoran una justificación objetiva, razonable y proporcional no redundan en perjuicio de la dignidad de la persona, fundamento de nuestro Ordenamiento jurídico ex art. 10 CE¹⁴⁷ y, por ello, tienen un perfecto encaje en nuestra Constitución. Ahora bien, lo que se propugna en nuestra Ley Fundamental es un derecho subjetivo constitucional de toda la ciudadanía no sólo a ser tratado de forma sustancialmente igual –que también- (igualdad *en* la Ley, *ante* la Ley y en la *aplicación* de la Ley)¹⁴⁸, sino a

¹⁴⁷ Sobre la Dignidad, recogemos dos interesantes ideas expuestas por ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 80-81. Por un lado, cuando cita a VON MUNCH quien afirma: “A todas luces es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, mientras que sí es posible fijar cuando se está vulnerando”. Por otro, cuando sigue a MUÑOZ MACHADO quien otorga a la dignidad de la persona el papel de clave de bóveda en el análisis de la suficiencia y corrección de las políticas públicas de promoción de los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁴⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. y QUINTANILLA NAVARRO, M. (Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2008, p. 20, citado por RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, p. 11. En esta última obra, vid. especialmente las páginas 10 y 11 donde indica: “La igualdad fue concebida como garantía burguesa de la inexistencia de privilegios a través de la generalidad de las normas (igualdad ante la ley o principio de legalidad dirigido

que se tomen las medidas pertinentes para conseguir la igualdad de oportunidades real y efectiva¹⁴⁹ y, más aún, para los supuestos que ello incluso no sea suficiente para la equiparación sustancial de ciertos colectivos históricamente discriminados o segregados, como es el caso del compuesto por las PCD, un derecho de acción positiva y de discriminación “inversa” e, incluso, de igualación material caso por caso (igualdad en tanto que justicia social)¹⁵⁰. Así lo ha indicado nuestro TC entre otras en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo, en la que indica: “en último extremo, la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de “Estado social y democrático de Derecho” que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE)” (F. J. 7). En resumen, dado que como indica RUBIO LLORENTE la función del Derecho y sus normas es establecer diferencias¹⁵¹, lo que se postula es ser tratado de forma igualitaria

especialmente a los aplicadores del Derecho) y más tarde como exigencia propia del contenido regulativo sin excepciones de la propia ley (igualdad en la ley), que pasa a convertirse así en límite infranqueable a la labor del legislador como prohibición genérica de distinciones irrazonables (desigualdad de trato injustificada) y, por ello, lesivas de un mandato genérico y todavía formal (igualdad en la ley)”.

¹⁴⁹ Recordemos la STC 49/1982, de 4 de julio cuando afirma que “La igualdad jurídica o la igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva”. En el mismo sentido, QUINTANILLA NAVARRO, B., “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad”, en AA.VV., *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., p. 221, cuando indica: “lejos de proclamar la igualdad de todos como máximo exponente del modelo de justicia, la Constitución “toma partido” por quienes se encuentran en dicha de situación [de desventaja] y coloca el compromiso constitucional con ellos entre las cuestiones que definen la identidad del nuevo Estado Social”.

¹⁵⁰ TOMEI, M., “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, número 4, pp. 450-457.

¹⁵¹ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, p. 16.

ante situaciones similares y, para casos en los que tal similitud no se da, asegurar las mismas oportunidades para alcanzar la igualdad real. Y para supuestos ya muy concretos en los que hay una situación de segregación histórica de un colectivo, como ocurre con las PCD y muy especialmente con las que padecen una discapacidad mental, se deben incorporar un plus a través de medidas de acción positiva de diversa índole.

Veamos las diferentes posibilidades que, a modo de peldaños de escalera, pueden darse en el ámbito de la igualdad de las PCD y, más en concreto, de las PCDM. En todo caso, debe quedar claro que nos alineamos con esta posición jurídica con el sector de la doctrina que entiende la existencia de un derecho subjetivo fundamental a una actuación positiva del Estado para crear las condiciones que hagan posible el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los ciudadanos que, siguiendo a MARTÍNEZ-PUJALTE, “implica superar decididamente la concepción tradicional de los derechos fundamentales como meros límites del poder estatal” y comprende dos aspectos esenciales: “la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares [la conocida problemática de la *Drittwirkung*] y la dimensión prestacional de los derechos”¹⁵². Esto es, entender “los derechos sociales como derechos exigibles”, parafraseando el título de la obra clave en la materia de ABRAMOVICH y COURTIS¹⁵³ y concebir la posibilidad de una “inconstitucionalidad por omisión” en el sentido que “el principio de igualdad material no sólo justifica las acciones positivas, sino que en algunos casos las impone: serían obligatorias, concretamente, aquellas acciones positivas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales” y si tales medidas obligatorias no se dan en la práctica, existe una

¹⁵² Vid. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011, especialmente, pp. 139 y siguientes, y las páginas 107 y ss. que se encargan de estudiar en detalle la *Drittwirkung*.

¹⁵³ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

inconstitucionalidad por inactividad. Veamos cuáles serían esas medidas que pueden necesitarse para la equiparación efectiva y material de las PCD.

B. Mecanismos de garantía del derecho a la no discriminación.

Una primera aproximación.

Para lograr compensar las desventajas de las PCD y lograr su igualdad efectiva y real se han establecido una serie de normas comunitarias y nacionales que han sido desarrolladas prioritariamente por la labor jurisprudencial del TJUE a modo de peldaños de escalera que pasamos a enunciar esquemáticamente para ayudar a su exposición, sin perjuicio de ser desarrolladas en los epígrafes posteriores.

1º) Lo primero se trataría de conseguir la igualdad de oportunidades de las PCD a través de la eliminación de las conductas que perjudican directa o indirectamente a dichas PCD por su condición de tales. Para ello se ha previsto legalmente la prohibición de la discriminación directa, de la indirecta, del acoso por razón de discapacidad, de las instrucciones para discriminar y las discriminaciones por asociación (artículos 2 y 35.7 de nuestra reciente LGD)¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Artículo 2 LGD: Definiciones. “c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

e) Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

f) Acoso: es toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Artículo 35 LGD: Garantías del derecho al trabajo. “7. Se considerará igualmente discriminación toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad”.

Gráficamente se trataría de poner en el mismo punto de partida a todas las personas de la sociedad, proscribiendo los comportamientos que permitirían rechazar a las personas de colectivos vulnerables y, en nuestro caso, a las PCD.

2º) Pero como estas prohibiciones no son suficientes para traer consigo la igualdad real se deben habilitar otras medidas de igualdad de resultado por medio de medidas de acción positiva y de discriminación inversa. Las primeras, las de acción positiva, consisten en desarrollar actuaciones públicas que no perjudican a nadie (ayudas, subvenciones, desgravaciones fiscales serían ejemplos de ello). Estas medidas estarían contempladas en los artículos 2.g), 67 y 68 LGD.

Las segundas, las llamadas de discriminación inversa, son aquellas en las que en una determinada circunstancia se discrimina favorablemente al colectivo que tiene dificultades de inserción sociolaboral (mujeres, PCD, exreclusos, etc.). Ejemplo de estas medidas podrían ser las cuotas de reserva o la elección de un candidato de estos colectivos en detrimento de otra persona sin dificultades de inclusión laboral. Como se puede ver, en estas medidas sí hay o potencialmente las puede haber, persona o personas que salen perjudicadas. En nuestro Ordenamiento Jurídico se recogen en los artículos 67 y 68 LGD y 17.2, 3 y 4 ET.

Con las medidas previstas en este peldaño y siguiendo con el ejemplo gráfico del inciso anterior, se pretende que las PCD no sólo estén en la misma línea de salida que el resto de la sociedad sino habilitar apoyos para que puedan caminar y llegar a la meta a la par que el resto de ciudadanos. Si no existieran estas medidas previstas en este segundo escalón, no se conseguiría en la práctica de manera efectiva la igualdad real de las PCD.

3º) Por último, cuando todas las acciones anteriores no son suficientes en un caso concreto, se podrían establecer los denominados “ajustes razonables”.

Mientras que las medidas indicadas en los escalones 1º y 2º son de carácter general para todas las PCD o, al menos, para uno de sus colectivos integrantes (PCD física, sensorial, mental o intelectual), con los “ajustes razonables” nos situamos en un supuesto de hecho particular, en un caso concreto que debe adaptarse o sufrir una modificación o variación para con ello garantizar que pueda ser ejercido por una PCD en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad.

Su regulación jurídica está situada en el artículo 2 de la Convención y 2.m), 63 y 66 de nuestra LGD.

Siguiendo nuestro ejemplo gráfico, en este último peldaño de la escalera se sitúan las medidas específicas para un caso concreto para lograr que una PCD pueda ejercer, para lo que ahora nos importa, su derecho al trabajo en igualdad de condiciones que el resto de personas sin discapacidad.

C. El trato desigual de los desiguales: las medidas de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Este conocido apotegma de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” que tiene raíces Aristotélicas¹⁵⁵, es asumido por nuestro TC cuando indica, entre otras, en la STC 19/1988, de 16 de febrero, que “lo proclamado en

¹⁵⁵ Vid. sus obras *Moral a Nicómaco*, libro quinto, capítulo III y, más significativamente *Política*, libro tercero, capítulo VII. Obras de Aristóteles, puestas en lengua castellana por D. Patricio de Azcárate, Medina y Navarro, Editores, Madrid, 1873. Accesible en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01.htm>.

el repetido art. 9.2 [CE] puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”. En palabras de ESTEBAN LEGARRETA “el artículo 9.2 CE legitima e incluso obliga al legislador a potenciar determinados derechos del ciudadano, que no son objeto de igual disfrute”¹⁵⁶. No obstante, ha necesitado de un importante acervo normativo tanto internacional, comunitario y nacional para lograr un cierto resultado práctico en la igualdad del colectivo de PCD, mas falta aún un largo camino para la equiparación efectiva de las PCDM.

Antes de estudiar el recién aludido marco jurídico construido para lograr la igualdad de las PCD debemos hacer referencia a un hecho incontrovertido: todas las personas somos diferentes¹⁵⁷. Tal como sostienen DE ASÍS ROIG y CUENCA GÓMEZ “en lo que atañe a la igualdad, es posible afirmar que, en la actualidad, el discurso de los derechos en materia de igualdad parte del hecho de la diferencia. En efecto, de manera contraria a lo que ocurrió en el origen de la historia de los derechos en donde se hablaba de la igualdad como un hecho que caracterizaba a los seres humanos, la reflexión contemporánea sobre los derechos parte del hecho de la diferencia. Los seres humanos somos diferentes y nos encontramos en situaciones diferentes. Y a partir de ahí, el discurso sobre la igualdad se desenvuelve a través de dos grandes proyecciones: la diferencia negativa y positiva. En la primera, la diferencia negativa, se trata de averiguar qué rasgos de los que nos hacen diferentes o qué situaciones que nos diferencian, son irrelevantes para justificar un trato distinto; en la segunda, la diferenciación positiva, se trata de averiguar qué rasgos de los que nos diferencian o qué situaciones que nos diferencian, son relevantes para justificar un trato distinto”.

“Desde este punto de partida, la discriminación se entiende como una situación o un trato diferente que no encuentra justificación alguna o cuya

¹⁵⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 77.

¹⁵⁷ DE ASÍS, R., CAMPOY, I. y BENGOCHEA, M. A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en *Tratado sobre Discapacidad*, cit., p. 115.

posible justificación decae por la existencia de argumentos superiores. Así, existe discriminación cuando diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente, y cuando diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente”¹⁵⁸.

La primera de las discriminaciones antedichas, la negativa, es la que se ha articulado para conseguir la igualdad de oportunidades; la segunda, la positiva también llamada inversa, por la cual se tienen en cuenta diferencias para producir un trato diferente, nos lleva a la igualdad de resultados a través de la adopción de acciones positivas.

La igualdad de oportunidades como señala BOBBIO, “apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”¹⁵⁹. Para lo cual, se debe comenzar evitando actuaciones que diferencien directa o indirectamente en razón de, para lo que aquí importa, la discapacidad y con ello “eliminar los obstáculos que impiden que los individuos compitan en condiciones de igualdad”¹⁶⁰. No obstante, la igualdad de oportunidades puede resultar insuficiente para asegurar la igualdad de derechos porque como dice BARRANCO “es posible considerar situaciones en las que dos sujetos tengan las mismas oportunidades para competir, pero se produzcan circunstancias que hagan que de hecho, siempre ganen los sujetos que forman parte de un

¹⁵⁸ DE ASÍS ROIG, R. y CUENCA GÓMEZ, P., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, cit., p. 66.

¹⁵⁹ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, traducción de P. Aragón, Editorial Paidós, Barcelona, 1993, p. 78. Citado por DE ASÍS ROIG, R. y CUENCA GÓMEZ, P., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, cit., p. 61.

¹⁶⁰ BARRANCO, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 47, Dykinson, Madrid, 2011, p. 36. Citado por DE ASÍS y CUENCA, *Ibidem*.

determinado grupo”¹⁶¹. De ahí que sea necesario en algunas circunstancias pasar de la igualdad de oportunidades a la igualdad de resultados a través de las medidas de acción positivas. De la igualdad de oportunidades tratamos a continuación, primero atendiendo a su marco jurídico y después a la determinación de conductas prohibidas dentro del derecho antidiscriminatorio. Por su parte, la igualdad de resultados a través de medidas de acción positiva la estudiaremos infra en el epígrafe D).

1. El marco jurídico internacional, comunitario y nacional de la igualdad de oportunidades y no discriminación.

El marco jurídico de la igualdad y no discriminación de las PCD aunque tiene precedentes en Organismos Internacionales como la ONU y varias de sus agencias especializadas (OMS, UNESCO, UNICEF, OIT) y el Consejo de Europa¹⁶², conviene recordar con LÓPEZ ÁLVAREZ que tiene su impulso en Bruselas, esto es, en la acción normativa de la Unión Europea ya que “fueron las directivas de no discriminación de 2000 las que empujaron y, por qué no decirlo, obligaron al gobierno español a adoptar la legislación en la materia, como ha sido el caso en la mayoría de nuestra legislación más avanzada en ámbitos como el empleo, el medio ambiente, los residuos, la protección de

¹⁶¹ Ídem, p. 38, igualmente citado por DE ASÍS y CUENCA, “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, cit., p. 62.

¹⁶² Vid. al respecto el completo trabajo de BLANCO EGIDO, E., “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, cit., pp. 98-104. También el ya citado trabajo de GARCÍA QUINONES, J. C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., pp. 27-87.

minorías, los derechos de los trabajadores o de los consumidores”¹⁶³. Y ello a pesar de que, como indica GIMÉNEZ GLÜCK el Derecho de la Unión Europea “llegó tarde a la prohibición de la discriminación, debido principalmente al carácter exclusivamente económico de la primera integración europea, pero al mismo tiempo hay que reconocer que en pocos años se ha constituido como un cuerpo legislativo muy incisivo en la lucha contra muchas formas de discriminación”¹⁶⁴. En efecto, pese a que la Unión -en ese momento Comunidades Económicas Europeas- adoptó una serie de medidas de cierto calado a mediados de los años setenta en relación a las desigualdades existentes entre mujeres y varones en materia retributiva¹⁶⁵, no fue hasta mayo de 1999 cuando con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se habilita con su artículo 13 (actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a las instituciones comunitarias a legislar sobre discriminación no sólo en el ámbito del empleo y no sólo con base en el género¹⁶⁶. Este precepto tiene una importancia extraordinaria para la discapacidad pues, como es sabido, fue la primera referencia a esta realidad en el Derecho Originario de la Unión.

Además de este precepto, el marco jurídico de la igualdad y no discriminación de las PCD en la Unión Europea está sustentado por otras normas superiores de dicho Derecho Originario¹⁶⁷:

¹⁶³ LÓPEZ ÁLVAREZ, P., “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, cit., p. 121. Las directivas a las que se refiere son la Directiva 2000/43/CE sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁶⁴ GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación”, en AA.VV., SERRA CRISTOBAL, R. (Coord.), *La discriminación múltiple en los Ordenamientos Jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 45.

¹⁶⁵ Ídem, pp. 45-46.

¹⁶⁶ Literalmente dice: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹⁶⁷ Todos los preceptos pueden consultarse en la versión consolidada de los Tratados: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_es.htm [29-06-2014].

- Artículo 2 del Tratado Unión Europea (TUE) por el cual se establece la igualdad como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión¹⁶⁸.
 - Artículo 3 TUE: que establece como misión de la Unión la promoción de sus valores y entre ellos está como se recoge en el precepto anterior, la igualdad. Asimismo, proclama el deber de la Unión de combatir toda discriminación y la exclusión social.
 - Artículos 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por los cuales se indica que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Ello es el denominado “mainstreaming” o transversalidad de la visión antidiscriminatoria, ya no sólo por razón de sexo sino por todo el elenco de materias establecido, en todas las políticas y acciones de la Unión¹⁶⁹.
- Por su parte, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada junto al Tratado de Niza en 2000 y en vigor desde que hizo lo propio el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, que, coherente con la proclamación en el preámbulo de la igualdad como uno de los “valores indivisibles y

¹⁶⁸ La igualdad junto a la dignidad, la libertad y la solidaridad son valores universales e indivisibles de la Unión Europea y los principios de igualdad de trato y no discriminación están en el centro del modelo social europeo, *Libro Verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*, Editorial Unión Europea, Luxemburgo, 2004, p. 3.

¹⁶⁹ Vid. CABRA DE LUNA, M. Á., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004, p. 31, cuando indica: “Toda nueva política general antes de su implantación debe medirse por su impacto en las personas con discapacidad”. Esta visión transversal de la Discapacidad encuentra también carta de naturaleza en el artículo 4.1.c) de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las PCD y en nuestra LGD artículo 2.o).

universales” en los que se funda la Unión y que forma parte de su patrimonio “espiritual y moral”, prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón entre otras por discapacidad. Como es sabido, el artículo 6 TUE dota a esta Carta de naturaleza jurídica de Tratado. A este precepto habría que unirle el artículo 26 que versa específicamente sobre la “Integración” de las PCD por el cual se “reconoce y respeta” el derecho “a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

En aplicación de esta normativa se han aprobado diversas Directivas relacionadas con la igualdad de trato y, en concreto, por ser la que más se ajusta al ámbito de la discapacidad, la ya referida Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁷⁰. Como se sabe, esta Directiva representó un avance muy importante en la lucha por la igualdad de oportunidades de las PCD, ya que estableció que los Estados Miembros debían disponer dentro de su normativa interna de un conjunto de respuestas frente a la discriminación tanto directa como indirecta que pudiera padecer este colectivo. Este enfoque “supera la mera protección frente al trato discriminatorio directo y pretende avanzar hacia la acción positiva frente a las discriminaciones indirectas, o lo que es lo mismo, que actúe contra situaciones aparentemente neutras” que, en la práctica, impiden el acceso de las PCD al mundo laboral¹⁷¹. Esta Directiva fue traspuesta a nuestro Ordenamiento jurídico nacional a través de la LIONDAU que, como se sabe, ha sido refundida junto a la LISMI y la 49/2007 en la reciente LGD.

¹⁷⁰ Diario Oficial nº L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.

¹⁷¹ TUSSY FLORES, M., “Las políticas europeas contra la discriminación laboral de las personas con discapacidad”, en AA.VV., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, cit. p. 273.

Además de la Directiva 2000/78, es reseñable la propuesta de Directiva presentada por el Consejo de la Unión Europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual¹⁷². Tal propuesta formulada por la Comisión en 2008 pretende extender el principio de no discriminación a ámbitos como la vivienda, la sanidad, la educación o la protección social. Como indica LÓPEZ ÁLVAREZ “lleva tiempo bloqueada en el Consejo, sin verdaderas perspectivas de que (...) pueda convertirse en derecho positivo”¹⁷³.

Toda esta batería de normas dentro del derecho de la Unión Europea se une a la Convención Internacional sobre los Derechos de las PCD, principal texto normativo internacional que pretende luchar contra la discriminación de este colectivo¹⁷⁴ y que desde su artículo primero tiene como propósito “asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad”. Por su parte, en nuestro Ordenamiento nacional la reciente LGD que refunde la LIONDAU, la LISMI y la Ley 49/2007, adaptándolas todas a la Convención, se convierte en la norma a tener en cuenta sobre el particular. Al igual que ocurre con la Convención, nuestra LGD viene impregnada desde el primer precepto, en el que indica que el objeto de la Ley es garantizar la igualdad de oportunidades, de un marcado acento antidiscriminatorio y de impulso de medidas para la consecución de la igualdad efectiva de las PCD.

Por consiguiente, la Convención, los preceptos vistos del Derecho Originario de la Unión y nuestra reciente LGD representan el acervo normativo de referencia en relación a igualdad de oportunidades de las PCD.

¹⁷² Bruselas, 2.7.2008, COM(2008) 426 final.

¹⁷³ LÓPEZ ÁLVAREZ, P., “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, cit., p. 126.

¹⁷⁴ DE ASÍS ROIG, R. y CUENCA GÓMEZ, P., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, cit., p. 72.

2. Las conductas prohibidas en el derecho antidiscriminatorio.

Como antes se comentó, para conseguir la igualdad de oportunidades lo primero es eliminar las conductas que perjudican directa o indirectamente a las PCD por su condición de tales, esto es, por tener entre sus características personales una limitación que precisa de medidas de apoyo para superar las barreras sociales que le impiden tener una vida como el resto de personas de la sociedad. De ahí que se han prohibido tanto en el plano internacional (a través de la Convención), como de la Unión y nacional un amplio elenco de conductas, a saber: la discriminación directa, la indirecta, el acoso, las instrucciones para discriminar y las discriminaciones por asociación.

Todos estos comportamientos cuya fuente principal de elaboración ha sido la jurisprudencia del TJUE, como se puso de manifiesto entre otras ocasiones en la sentencia de 17 de julio de 2008 del caso Coleman en la que instituyó sin que estuviera expresamente prevista en la Directiva 2000/78 la llamada “Discriminación por Asociación”, han sido ya recogidos en nuestro ordenamiento jurídico en la reciente LGD. De hecho su artículo 2 define la discriminación directa, la indirecta, la discriminación por asociación y el acoso¹⁷⁵, mientras que las instrucciones para discriminar vienen recogidas en el

¹⁷⁵ Artículo 2 LGD: Definiciones. “c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

e) Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

f) Acoso: es toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

artículo 35.7 de este mismo cuerpo legal¹⁷⁶. Aunque no es momento de hacer un estudio detallado de cada figura¹⁷⁷, bastando a nuestros efectos con la definición legal expuesta, sí entendemos necesario detenerse someramente en un aspecto importante y en alguna medida discutido en torno a la necesidad de intención o no en la discriminación indirecta. Como es sabido, una discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral produce una específica desventaja a nuestros efectos a las PCD, en comparación al efecto que produce al resto de personas sin discapacidad. Y ello salvo que la disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios. Se trata, como nos dice GIMÉNEZ GLÜCK “de una discriminación que se descubre a través del impacto negativo que tiene sobre el colectivo estigmatizado que se trata de proteger, ya que la medida no utiliza directamente los rasgos sospechosos (...) [aunque] con el impacto adverso de la norma sobre el colectivo no es suficiente para declarar su inadecuación al Derecho de la Unión Europea; este impacto adverso sólo sitúa a las normas en una situación de presunción de que su verdadera intención oculta es la de perjudicar a las mujeres o las minorías étnicas [o a las PCD en nuestro caso]. Pero si el legislador estatal o comunitario logra desmontar que la norma con impacto adverso no tiene como finalidad perjudicarlas la norma será válida. Por tanto, en la discriminación indirecta, según entiende el Derecho Comunitario, el efecto desfavorable sobre el colectivo será importante para invertir la carga de la prueba y para elevar el nivel de sospecha sobre la norma, pero la clave seguirá siendo determinar si la finalidad de la norma ha sido discriminar o no al colectivo”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Artículo 35 LGD: Garantías del derecho al trabajo. “7. Se considerará igualmente discriminación toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad”.

¹⁷⁷ Para ello, vid. entre otros, GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación”, cit., pp. 48-53.

¹⁷⁸ Ídem, pp. 49-52.

Hay alguna doctrina que opina que la discriminación indirecta se produce con independencia de la intención discriminatoria de la norma en cuestión¹⁷⁹. Pero a día de hoy, tal postura no es la asumida ni por el TJUE¹⁸⁰, ni por las Directivas aprobadas por la Unión, que en relación al ámbito de la discapacidad, se han traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 2 LGD antes transcrito, en el que queda meridianamente claro que si la medida tiene una finalidad “legítima” y los medios utilizados son “adecuados” y “necesarios”, tal norma, práctica, entorno, etc. por mucho que tenga un impacto negativo en el colectivo de PCD, no podrá ser declarada que encierra una discriminación indirecta. No obstante lo anterior, para el supuesto concreto de las mujeres y la discriminación por embarazo parece existir “una especie de causa objetiva de discriminación, lo que conduce al TC a reafirmar y ampliar las garantías de tutela eximiendo a la trabajadora de aportar indicio alguno (...) y algo de lo mismo podríamos afirmar de la condición” de PCD¹⁸¹. Es decir, que para las PCD baste con la simple prueba estadística del impacto negativo de una norma o medida para ampliar las garantías de tutela eximiendo de aportar otro indicio para declarar la discriminación indirecta.

¹⁷⁹ BALLESTER PASTOR, M. A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, especialmente, pp. 44-45; También, SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, especialmente p. 107.

¹⁸⁰ Por ejemplo, STJUE de 2 de octubre de 1997, asunto C/100-95, Kording, donde deja claro que la desigualdad de trato sería compatible con el Derecho de la Unión Europea “si estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”, cit. en GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea...”, cit. p. 51.

¹⁸¹ Manteniendo este razonamiento, vid. RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento de la discapacidad*, cit., pp. 58-59.

D. Las acciones para colectivos históricamente segregados: las medidas de acción positiva y de discriminación inversa.

Que las PCD son un colectivo históricamente segregado ya nadie lo pone en duda. Por ello, se ha visto necesario no sólo articular medidas para conseguir la igualdad de oportunidades a través de la prohibición de conductas discriminatorias sino que se ha ido más allá en pos de la igualdad de resultado por medio de medidas de acción positiva y de discriminación inversa. Sobre la distinción conceptual entre estas dos categorías, recogemos las palabras de GARCÍA MORILLO quien señala que la diferencia generalmente admitida supone que “la acción positiva consiste en desarrollar a favor de un determinado grupo actuaciones públicas que no perjudican a nadie, como pueden ser ayudas, subvenciones o desgravaciones fiscales; [mientras que] la discriminación inversa, por el contrario implica que, en determinadas circunstancias, se discriminan favorablemente –esto es, se prefiere– a los integrantes de un grupo –por ejemplo, las mujeres– frente a otros, o se reserva a los miembros de ese determinado grupo una cuota determinada, excluyendo de ella a los que no pertenezcan a él. Aunque tienen distintas consecuencias, ambas técnicas encuentran encaje en el artículo 9.2 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas”¹⁸².

En relación a las medidas de acción positiva como recuerda CORDERO GORDILLO engloban “una gran variedad de medidas a favor de determinados colectivos que tiene por finalidad prevenir, eliminar o compensar las situaciones de desigualdad de hecho que les afectan en los diversos ámbitos de

¹⁸² GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, cit., pp. 190-191. También sobre el concepto de acción positiva y su diferenciación de figuras afines, vid. FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una tutela antidiscriminatoria*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 17 y siguientes.

la vida social¹⁸³. Dentro de estas medidas puede distinguirse entre acciones positivas de objetivos y de resultados. Las primeras son acciones de carácter promocional que actúan sobre el punto de partida de la diferencia, esto es, sobre las condiciones de acceso a los derechos o al ejercicio de los mismos, con la finalidad de alcanzar la igualdad de oportunidades (...). Las subvenciones y bonificaciones a la contratación de personas con discapacidad serían un ejemplo de este tipo de medidas”.

“Las acciones positivas de resultados, por su parte, pretenden garantizar y no meramente facilitar la consecución de un determinado resultado. Los ejemplos paradigmáticos de este tipo de acciones positivas son las cuotas o reservas de puestos de trabajo”¹⁸⁴.

Sobre estas medidas de acción positiva sólo recordar cómo el TC en su sentencia 269/1994 deja meridianamente claro su constitucionalidad en un supuesto en el que examinaba, como es sabido, el porcentaje de puestos de trabajo reservados para PCD. Literalmente indica: “precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad que, en síntesis, tienen a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE y, específicamente,

¹⁸³ Vid. también, MONTOYA MELGAR, A., “El principio de igualdad y no discriminación. Presentación general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coordinador), *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Consejo del Principado de Asturias. Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2008, p. 37 cuando indica “La acción positiva significa que son lícitos y no se les puede tachar de discriminadores los tratos desiguales que tienen como objetivo compensar situaciones históricas de discriminación”.

¹⁸⁴ CORDERO GORDILLO, V., *La igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 112-113.

con su plasmación en el art. 49 CE” (F. J. 4). Como afirma de manera inmejorable ESTEBAN LEGARRETA “la fundamentación legal de la acción y discriminación positivas se encuentra en el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna, que dirige a los poderes públicos la obligación de desarrollar una política de igualdad sustancial”¹⁸⁵ y este tema es esencial para las PCD pues sin este tipo de medidas “la equiparación de los trabajadores con discapacidad es absolutamente imposible”¹⁸⁶.

Revisemos cómo nuestro derecho positivo vigente se encarga de regular las medidas de acción positiva.

En nuestro Ordenamiento Jurídico nacional, en la reciente LGD hay varios preceptos referidos a las medidas de acción positiva. En efecto, en la LGD en el artículo 2 g) se definen las medidas de acción positiva como “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho” de las PCD. Es necesario llamar la atención cómo este precepto al refundir el artículo 8 de la LIONDAU modifica su tenor literal pues éste indicaba expresamente en su inicio el término “apoyos”, sin que la enmienda elimine desde nuestro punto de vista que tales medidas acción positiva son verdaderos apoyos para conseguir que las PCD puedan sortear las barreras sociales que impiden su plena y efectiva inclusión social. El contenido de estas medidas de acción positiva se encuentra en los artículos 67 y 68 LGD. En concreto, se indica en el último inciso del número 1 de este último precepto, que “podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación”. Las medidas de acción positiva también están reguladas por el artículo 35 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y del orden social que indica: “Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones,

¹⁸⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 96.

¹⁸⁶ IBÍDEM, p. 103.

discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”.

Por lo que respecta al Derecho de la Unión Europea debemos hacer referencia a la anterior y repetidamente aludida Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que posee múltiples referencias a las medidas de apoyo y sobre todo a los ajustes razonables de los que nos ocuparemos en el siguiente apartado. Como botón de muestra el Considerando 16 que indica cómo “La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. Tal normativa ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por la antes referida Ley 62/2003.

Por último, para terminar con este sucinto repaso a la normativa que se encarga de regular las medidas de acción positiva debemos indicar que en la Convención Internacional de Derechos de las PCD de la ONU no se definen tales aunque sin aludir expresamente a ellas, el artículo 4.1 establece dentro de las Obligaciones generales, en sus apartados a) y b), el requerimiento a los Estados que suscriban este Tratado Internacional de “a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención” y “b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

Tras este rápido repaso a la regulación jurídica de las medidas de acción positiva, pasamos a las medidas de discriminación inversa y más en concreto, al examen de su régimen jurídico que las declara compatibles con el principio de

igualdad de trato en el Derecho de la Unión Europea. Como se sabe, tiene su origen en una STJUE la de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93 Kalanke¹⁸⁷. En dicha resolución el Tribunal declaró contraria a Derecho una determinada discriminación inversa llevada a cabo por un Estado, por considerar que contradecía el principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva aplicable en ese momento (la 76/207/CEE, relativo a la igualdad entre varones y mujeres). El supuesto de hecho en el caso de autos consistía en que un Ayuntamiento alemán promocionó a una mujer con respecto a un varón, ambos jardineros con la misma cualificación y capacitación. El Ayuntamiento se escudaba en que en esa profesión las mujeres estaban infrarrepresentadas y por ello necesitaban de una medida suplementaria para conseguir la igualdad efectiva con respecto a los varones. Pues bien, en ese caso el TJUE declaró que era contrario a Derecho dicha actuación del consistorio alemán y, a partir de ahí, se vio necesario regular expresamente la compatibilidad de las medidas de discriminación inversa con el principio de igualdad pues su finalidad es, justamente, promover la equiparación material efectiva para determinados colectivos que precisan de dichas actuaciones para lograrla. Como ejemplo de esta regulación está el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales, el cual señala que “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

En nuestra reciente LGD queda expresamente establecido la posibilidad de este tipo de medidas en sus artículos 67 y 68. En el 67 se establecen qué personas dentro del colectivo de las PCD piensa el legislador que pueden ser susceptibles de merecer la discriminación inversa por poder sufrir incluso multidiscriminación: los niños y niñas con discapacidad, las mujeres con discapacidad y las PCD que viven en el entorno rural. A continuación, en el 68

¹⁸⁷ Sobre el tema, vid. con cierto detalle GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación”, cit., pp. 54-55.

se indica taxativamente que “podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables”.

E. Las medidas de igualación individual: los ajustes razonables para PCD.

La Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las PCD define en su artículo 2 párrafo cuarto la figura de los “ajustes razonables” que son “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Por tanto, mientras las acciones positivas y medidas de discriminación inversa tratadas en el punto anterior hacen referencia a medidas de carácter general para todas las PCD o, al menos, para uno de sus colectivos integrantes (PCD física, sensorial, mental o intelectual), con los “ajustes razonables” nos situamos en un supuesto de hecho particular, en un caso concreto y en qué medida debe adaptarse o sufrir una modificación o variación para con ello garantizar que pueda ser ejercido por una PCD en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. Es, por ello, el último escalón de los vistos hasta ahora. Si todo lo anterior, desde la accesibilidad universal y el principio de “diseño para todas las personas”¹⁸⁸,

¹⁸⁸ Reguladas en las letras k) y l) del artículo 2 de la LGD: “k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”. Y “l) Diseño universal o diseño para todas las personas: es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal o diseño para todas las personas» no

hasta las medidas de igualdad de oportunidades, proscripción de conductas antidiscriminatorias y medidas de acción positiva y de discriminación inversa no son suficientes y aún existen casos singulares en los que una PCD no puede ejercer alguno de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones, entrará en juego la exigencia de adaptaciones razonables o de igualación positiva, conocida en nuestro Derecho como “ajustes razonables”.

Sin entrar en el detalle de esta figura de lo que ya se ha encargado parte de la doctrina, en especial PÉREZ BUENO¹⁸⁹ y CORDERO GORDILLO¹⁹⁰, sí entendemos necesario realizar las siguientes consideraciones.

- a) Es una institución regulada tanto por la Convención de la ONU (art. 2 ya visto), como por el Derecho de la Unión¹⁹¹ y nuestro ordenamiento interno¹⁹². Al respecto, indicar también que la reciente

excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten”.

¹⁸⁹ PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en AA.VV., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, cit., pp. 159 y ss.

¹⁹⁰ CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación...*, cit., en el cual dedica todo su capítulo sexto a esta institución pp. 133-177.

¹⁹¹ En el Derecho de la Unión Europea debe hacerse referencia a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L303, p. 16), en la cual hay múltiples referencias a los ajustes razonables. A saber, en los considerandos 17 y 20 (“Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad (...”), 21 (determinación de si las medidas adecuadas dan lugar a una carga desproporcionada). Y en los artículos 2.2.ii) (“respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica [que provocan una discriminación indirecta]” y 5 (“se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario (...”).

¹⁹² Definido en el art. 2.m) LGD, en relación con el art. 2.k) y concretado en los siguientes preceptos de este cuerpo legal: art. 18.2 (derecho a la educación); 23.2 y 3 (condiciones básicas

STJUE de 11 de abril de 2013, antes citada, asunto Danmark, resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano jurisdiccional danés sobre si la reducción de tiempo de trabajo puede constituirse una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78. El Tribunal recuerda que tal como dispone dicho artículo, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente.

b) Son la garantía y el límite de los derechos de las PCD¹⁹³. Garantía porque completan la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas de las cuales son su correlato en un caso concreto. Y límite porque sólo entran los ajustes que sean “razonables” y, por ello, se “reduce el número de ajustes que aun siendo necesarios para la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad a través del ejercicio de un derecho, están amparados por la norma”¹⁹⁴.

c) Siguiendo a PÉREZ BUENO podemos extraer los siguientes elementos constitutivos de esta figura¹⁹⁵:

- a. Conducta positiva de actuación de transformación del entorno.
- b. Ha de dirigirse a transformar el entorno para hacerlo corresponder con las necesidades específicas de las PCD, en todas las situaciones concretas en que éstas puedan hallarse y proporcionarles una solución.
- c. Surge en aquellos casos en las que las obligaciones generales de protección de los derechos de las PCD no han alcanzado su objetivo.

de accesibilidad y no discriminación), en correspondencia con la D. A. 3ª; 63 (vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades); 66 (contenido de las medidas contra la discriminación) y 80 y 84 (en materia de infracciones y sanciones), en correspondencia con la D. A. 8ª.

¹⁹³ PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit., pp. 161-164.

¹⁹⁴ Ídem, p. 163.

¹⁹⁵ Ídem, p. 166.

- d. Las adecuaciones no han de comportar una carga desproporcionada para el sujeto obligado.
 - e. Su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las PCD en análogo grado que los demás miembros de la comunidad.
- d) Como se puede entender fácilmente, el elemento crucial es el de la razonabilidad del ajuste. El deber empresarial de efectuar los ajustes a favor de trabajadores con discapacidad que así lo requieran no es una obligación absoluta. El límite es que tal actuación no suponga una carga excesiva o desproporcionada para la empresa. “Con ello se pretende conciliar el interés empresarial con la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, permitiendo que los empresarios puedan justificar la no realización de ajustes razonables cuando demuestran que los mismos constituyen una carga excesiva, ya sea desde una perspectiva económica o teniendo en cuenta otros factores”. Se ha criticado esta visión puramente economicista y financiera a la hora de tratar un asunto de derechos fundamentales¹⁹⁶ e incluso se ha pedido una concreción de la regulación a través de un desarrollo reglamentario¹⁹⁷. Lo cierto es que demuestra el grado de sensibilidad que aún hoy existe sobre la discapacidad en nuestra sociedad. ¿Alguien se imagina hoy una regulación semejante sobre la maternidad y el cuidado de hijos y los derechos hoy reconocidos al respecto? No obstante y en todo caso, los poderes públicos deberían establecer programas de ayudas públicas que permitan a los empresarios sufragar o compensar los costes de la realización de los ajustes razonables, así como realizar campañas de información de buenas prácticas en este ámbito.

¹⁹⁶ Vid. CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, cit. p. 150, citando a Eva GARRIDO PÉREZ, “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales*, nº 59, 2001, p. 186.

¹⁹⁷ PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit., pp. 181-182.

- e) Por último, resaltar tal como viene establecido tanto en la Convención de la ONU (art. 2) como en nuestra legislación interna (art. 63 LGD) que los incumplimientos en la obligación de efectuar ajustes razonables, constituye una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las PCD, una auténtica discriminación por razón de discapacidad.

F. Análisis comparativo de las garantías antidiscriminatorias en materia de discapacidad, sexo o género y edad.

Como se sabe, existen diferentes factores de discriminación recogidos por el Ordenamiento Jurídico por ser motivos “históricamente arraigados y contrarios a la dignidad de la persona”¹⁹⁸. Así nuestro art. 4.2.c) ET, aplicación específica al ámbito laboral del principio más general del art. 14 CE, establece el sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, lengua dentro del Estado español y discapacidad.

El derecho a la no discriminación juega tanto en el momento de acceso al empleo (búsqueda de empleo y proceso de selección que será desarrollado en el próximo capítulo) como en el transcurso de la relación de trabajo (condiciones de trabajo, asignación de funciones, promoción, remuneración y extinción del contrato, etc.).

Ahora bien, la discriminación cuenta con una protección un tanto distinta dependiendo del factor que la motiva¹⁹⁹. Y ello es especialmente claro en relación a la discriminación por razón de sexo o género que se ha constituido

¹⁹⁸ MONTOYA MELGA, A., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 313, quien cita a su vez la STC 62/2008, de 26 de mayo.

¹⁹⁹ TRISOTTI BERNAIN, C., *Discapacidad en el empleo y en la ocupación: igualdad, no discriminación y acciones positivas en Europa*, texto on line, p. 60, accesible en: <http://eprints.ucm.es/27465/>.

como el arquetipo de discriminación y ha sido el más desarrollado tanto por la normativa internacional como especialmente por la jurisprudencia del TJUE.

Este es el motivo por el que para profundizar en el tratamiento de la discriminación por discapacidad, creemos oportuno ver las diferencias con el régimen jurídico establecido para el factor de género o sexo. Asimismo, veremos también las diferencias existentes con el tratamiento de la discriminación por edad para ver en qué punto se encuentra el régimen jurídico del trato peyorativo por discapacidad.

La normativa referida a la igualdad prevista entre varones y mujeres ha trazado en la Unión Europea un camino que ha cimentado la regulación de la igualdad en otros ámbitos entre los que se encuentran la discapacidad o la edad. En este sentido, la regulación europea sobre discriminación de discapacidad ha seguido la senda trazada por la normativa sobre igualdad por razón de sexo.

a) Comparación en el régimen jurídico de la discriminación directa:

El principio antidiscriminatorio por razón de sexo se encuentra consagrado en el art. 157 TFUE y ha sido desarrollado en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²⁰⁰. Si comparamos esta Directiva con la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que, como ya hemos comentado, es la que regula este tema para la discapacidad, la diferencia

²⁰⁰ Norma que refundió la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 y su antecesora, la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, ambas relativas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo.

entre ambos textos normativos se encuentra en las excepciones que se permiten a la prohibición de discriminación, siendo más restringidas para la discriminación por razón de sexo que en las relativas a los tratos peyorativos bien por discapacidad, bien por edad.

En el caso de la discriminación por razón de sexo, la Directiva 2006/54/CE en su artículo 14.1 señala explícitamente que no se ejercerá discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluido los organismos públicos, en una serie de aspectos del empleo y la ocupación: acceso, promoción, condiciones de trabajo, despido, etc. Sin perjuicio de ello, se establece en dicha Directiva (art. 14.2) una excepción en virtud de la cual los Estados pueden disponer que no constituya discriminación una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Sin entrar ahora en el detalle de esta excepción²⁰¹, que en el capítulo siguiente se hará pero sólo referida al acceso al empleo, que ha sido interpretada de manera claramente restrictiva por la jurisprudencia del TJUE²⁰² lo que ha de resaltarse es que esta excepción sólo es aplicable a la fase de acceso a un trabajo y, por ello, en los restantes ámbitos del empleo (retribución, promoción, despidos, etc.), las posibles excepciones basadas en diferencias de género se encuentran absolutamente vedadas.

²⁰¹ Sobre la misma, entre otros, CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº Extra 3 sobre Igualdad, 2007 p. 88 y ss.

²⁰² LOUSADA AROCHENA, J. F., “El principio de igualdad entre mujeres y hombres en la legislación española”, texto on line, p. 6, accesible en: http://www.ugr.es/~filode/Articulo_Lousada_Arochena.pdf, quien cita las SSTJUE de 30.6.1988, Comisión contra Francia; la de 15.4.1986, Caso Johnston; y, sobre todo, las de 26.10.1999, Caso Sirdar y la de 11.1.2000, Caso Kreil.

Por su parte, en relación a la Directiva 2000/78 establece un ámbito de aplicación muy similar a lo señalado en la Directiva 2006/54/CE pues incluye el acceso al empleo, formación y promoción profesional, condiciones del empleo y participación en organizaciones derivadas del mismo. También establece una excepción a la prohibición de discriminación regulada en el artículo 4.1 de la misma Directiva por la cual una diferencia de trato basada en la discapacidad puede que no tenga el carácter de discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítima y el requisito, proporcionado. Por consiguiente, en la Directiva 2000/78 se establece una excepción muy semejante a la prevista en la Directiva 2006/54/CE. Ahora bien, la diferencia entre el régimen jurídico de la Directiva 2000/78, aplicable a la discapacidad, y el previsto para la discriminación por razón de sexo en la Directiva 2006/54/CE es que la primera extiende sus efectos no sólo a la esfera del acceso al empleo y la formación, sino a los otros ámbitos regulados por la Directiva (promoción profesional, condiciones de empleo, despido, etc.), mientras que, como antes se dijo, la regulación de la discriminación por razón de sexo sólo está prevista para el ámbito del acceso al empleo.

Por tanto, la normativa mencionada deja a las PCD en una situación de menor protección en relación al régimen jurídico de las diferencias de trato por razón de sexo ya que permite a los Estados considerar como no discriminatorias aspectos sensibles del contrato de trabajo como son la remuneración o el despido.

Si hacemos la misma comparación entre el régimen jurídico de la discriminación por discapacidad y la prevista por razón de edad, ambas están reguladas por la Directiva 2000/78 por lo que cuentan con el mismo ámbito de aplicación y la misma consideración de discriminación directa e indirecta. Ahora bien, existe una diferencia en el artículo sexto de la Directiva que señala

ciertas limitaciones a la prohibición de discriminación que se circunscriben exclusivamente a la discriminación por razón de edad y que, por ello, no son aplicables a la discapacidad. En efecto, en el artículo 6 de la Directiva 2000/78 se señala que pueden darse ciertas justificaciones a las diferencias de trato por razón de edad, bien por razones de política de empleo (por ejemplo, para favorecer la contratación de trabajadores jóvenes, o de mayor edad, o de aquellos que tienen personas a su cargo), bien de política de formación profesional o de protección social (como podría ser la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación o considerar no discriminatorias diferencias de edades específicas para beneficiarse de prestaciones derivadas de la Seguridad Social). El efecto jurídico de este artículo sexto es que se amplía la capacidad de los Estados miembros de realizar diferencias de trato por razón de edad que se encontrarían justificadas y que, por ello, no entrarían dentro del principio de no discriminación.

La interpretación jurisprudencial llevada a cabo por el TJUE, entre otras, desde su sentencia de 16 de octubre de 2007, asunto *Palacios de la Villa*²⁰³ hasta la reciente sentencia de 26 de febrero de 2015, asunto *Ingeniorforeningen i Danmark*²⁰⁴ o en su resolución de 26 de septiembre de 2013, asunto *STJ HK*

²⁰³ Asunto C-411/05, referente al tema de la jubilación forzosa en la cual el TJUE establece que en la determinación de diferencias de trato basada en la edad, los Estados miembros y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación, no sólo al momento de hacer prevalecer un objetivo en material social o laboral, sino también al momento de definir las medidas que les permitan lograrlo, teniendo como limitación que dicha medida sea adecuada y necesaria. Específicamente, estima que en atención al objetivo de la medida estudiada que era reducir el desempleo, ésta no pueda cuestionarse a la luz de la Directiva.

²⁰⁴ Asunto C-515/13, por la cual el TJUE declara que “Los artículos 2, apartados 1 y 2, letra a), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece que, en caso de despido de un trabajador que ha estado empleado en la misma empresa ininterrumpidamente durante doce años, quince años o dieciocho años, el empresario le abone, al término de la relación laboral de dicho trabajador, una indemnización equivalente a uno, a dos o a tres meses de salario, pero que no se abone tal indemnización si el citado trabajador tiene derecho a percibir, al término de su relación laboral, la pensión de jubilación del régimen general, en la medida en que, por una parte, la referida normativa está objetiva y razonablemente justificada por un objetivo legítimo relativo a la política del empleo y del mercado de trabajo y, por otra parte, constituye un medio adecuado y

Danmark (II)²⁰⁵, ha reforzado el amplio margen de discrecionalidad de los Estados en la aplicación de las excepciones contenidas en el artículo 6 de la Directiva por lo que se puede concluir que la Directiva tolera con mayor facilidad diferencias de trato basadas en la edad, en la medida en que éstas se deriven de las características específicas de un determinado puesto de trabajo, otorgando mayor protección al derecho a no ser discriminado por discapacidad que por razón de edad²⁰⁶.

b) Diferencias en la discriminación indirecta:

Tal como antes se ha comentado, una discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una determinada edad o con una concreta orientación sexual, respecto de otras [art. 2.2 b) Directiva 2000/78]. En nuestro ordenamiento interno, para el ámbito de la discapacidad, el art. 2.d) LGD concreta la naturaleza de la medida adoptada que puede ser “una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto

necesario para alcanzar tal objetivo. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si ello es así”.

²⁰⁵ Asunto C-476/11, por la cual el TJUE establece que “El principio de no discriminación por razón de la edad, recogido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y concretado por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, más específicamente, los artículos 2 y 6, apartado 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un régimen profesional de jubilación en virtud del cual un empresario abona, como elemento de la retribución, cotizaciones de jubilación progresivas en función de la edad, a condición de que la diferencia de trato resultante basada en la edad sea adecuada y necesaria para alcanzar un objetivo legítimo, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional”.

²⁰⁶ En el mismo sentido, TRISOTTI BERNAIN, C., *Discapacidad en el empleo y en la ocupación: igualdad, no discriminación y acciones positivas en Europa*, cit., p. 64.

individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio”.

Para que exista discriminación indirecta, la disposición, criterio o práctica debe ser aparentemente neutra pero de hecho produce efectos desfavorables mayoritaria o particularmente, a nuestros efectos, a las PCD, o afectar de un modo especial a una persona que pertenezca a dicho colectivo.

La diferencia entre los regímenes jurídicos de la discriminación por razón de sexo o género y el propio de la discapacidad radica en la posibilidad de probar la existencia de este tipo de trato peyorativo a través de la prueba estadística que parece que es suficiente para la primera y aún no lo es para la segunda²⁰⁷ por lo que aún se podrían dar pasos en el ámbito de la discapacidad para incrementar su garantía jurídica tal como sucede con el factor género o sexo.

Por todo lo dicho, dentro de los factores de discriminación existen diferencias de protección siendo el sexo o género el que atesora más garantías y la edad²⁰⁸, por ahora, el que menos, situándose la discapacidad en una posición intermedia entre ambos.

- - -

Vista la naturaleza jurídica de las medidas de apoyo que precisan las PCD para superar las barreras existentes y mientras éstas existan hasta que el “diseño para todas las personas” consiga la eliminación completa de estos obstáculos y la plena o universal accesibilidad, pasaremos a continuación en los

²⁰⁷ RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento de la discapacidad*, cit., pp. 58-59.

²⁰⁸ BALLESTER PASTOR, M. A., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, número 92, 2011, p. 207, lo ha denominado como factor de “nueva generación” y quizá pueda ser el motivo de la disparidad de protección en su régimen jurídico.

tres siguientes capítulos a estudiar las principales medidas de apoyo que precisan las PCDM para conseguir su inserción laboral. Nos movemos, por tanto, en el ámbito de la igualdad y no discriminación y tal como ya se dijo, comenzaremos primero a analizar dos cuestiones previas a la existencia de la relación laboral (no discriminación en el acceso al empleo) para, a continuación, estudiar la adaptación tanto de la propia relación laboral como del puesto de trabajo (igualdad de oportunidades y de resultados en el ámbito laboral); por su parte, el último capítulo versará sobre las medidas relacionadas con la protección social para la inserción laboral del colectivo (acciones positivas y de discriminación inversa en la protección social).

CAPÍTULO III. FASES PREVIAS A LA RELACIÓN LABORAL. MEDIDAS DE APOYO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

Con anterioridad a la existencia de la relación jurídico-laboral hay dos cuestiones que merecen ser estudiadas con cierto detenimiento por su importancia de cara a la inserción laboral del colectivo protagonista de este trabajo. Una, relacionada con el proceso de acceso al empleo no discriminatorio para las PCDM, es una situación a la que se enfrentarán todas las personas del colectivo que pretenden su incorporación a un puesto de trabajo.

En cambio, la otra cuestión, relativa a la realización de prácticas no laborales o prelaborales, no tiene porqué afectar a todas las PCDM. Se trata de un apoyo muy concreto que precisa este colectivo que hemos detectado desde nuestro trabajo de apoyo a la incorporación laboral llevado a cabo durante varios años en un Centro de Rehabilitación Laboral para personas con discapacidad por trastorno mental de la Comunidad de Madrid. Veamos cada una por separado, si bien debe quedar claro que ambas cuestiones pertenecen a un campo que aún no ha tenido el reflejo legal necesario en nuestro ordenamiento jurídico-laboral como son las situaciones de búsqueda y acceso a un empleo²⁰⁹. Esto es, es necesario dispensar protección y tutela en la fase anterior a la existencia del contrato de trabajo, cuestión que se hace más evidente si cabe para las personas más vulnerables, pertenecientes a colectivos tradicionalmente discriminados o segregados y en épocas como la actual caracterizadas por escasez de puestos de

²⁰⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Prólogo” al libro de ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y Discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 20: “El Derecho del Trabajo todavía no se ocupa de una manera suficiente y eficaz de la problemática que suscita la aplicación del principio constitucional de no discriminación a los procesos de búsqueda y de selección del empleo”.

trabajo²¹⁰ que provoca situaciones de verdadera dificultad para tener un primer acceso al mundo laboral y para mantenerse en el empleo cuando éste se consigue²¹¹. Por ello, hay ya un sector doctrinal que mantiene la necesidad de la existencia de un “Estatuto Jurídico del demandante de empleo”²¹² en el que se debe proteger, entre otros, el derecho a la igualdad y no discriminación de la persona candidata a un puesto de trabajo, la asistencia en la búsqueda de empleo, la formación profesional, el derecho a la intimidad y dignidad, a la protección de sus datos personales y a la impugnación ante la jurisdicción social por abusos cometidos en el proceso de selección y a que estén representados los intereses de la fuerza de trabajo en los sistemas de selección de las empresas²¹³, todos ellos como manifestación del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, derechos programáticos pero normativos como ya ha estudiado algún autor²¹⁴, reconocidos en el artículo 35 de nuestra Constitución Española²¹⁵.

²¹⁰ De la escasez en el trabajo habló ya hace muchos años con su habitual lucidez ALONSO OLEA, M. en su obra *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

²¹¹ En el mismo sentido, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo y Discriminación*, cit., pp. 28-29. También, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 118 quien afirma que “está comprobado que en una situación de altos índices de desempleo la discriminación en el acceso al empleo se agrava”.

²¹² Entre los que se encuentra PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., con sus obras “Colocación y servicios de empleo en el Estado Social autonómico”, en AA.VV. (CALVO GALLEGO, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Directores), *Colocación y Servicios de Empleo*, Editorial CES, Madrid, 2011, pp. 65 y ss. También, *Iljobseeker: la tutela delle transizioni nel mercato del lavoro*, Tesis Doctoral inédita, Bolonia, 2009. Y la propia ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo...*, cit., pp. 32 y ss.

²¹³ Nuevamente, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo...*, cit., p. 32.

²¹⁴ Sobre la cuestión, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 115-116. Este autor afirma, p. 121, que “el derecho al trabajo de los trabajadores con discapacidad deviene en un derecho cualificadamente prestacional”, y más adelante asevera, p. 125, que este derecho está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Del mismo autor, extensamente, *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, Documentos 10/2003, Real Patronatos sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 5ª edición, septiembre de 2003.

²¹⁵ Artículo 35.1 LGD: “Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”. Vid. en extenso sobre este particular, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta,

En este momento previo al contrato de trabajo a pesar de que puedan darse decisiones empresariales discriminatorias²¹⁶, no obstante, como indica MONTOYA MELGAR es un tiempo en el que resulta claramente muy difícil hacer efectiva la prohibición de discriminación²¹⁷ en el acceso al empleo. Tal principio rige de manera constante en toda el Ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional, a saber:

En las normas laborales internacionales se recoge en los siguientes Convenios OIT:

- Número 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958. Específicamente, su artículo 1.3 alude a la no discriminación en la “admisión en el empleo” y, por su parte, el artículo 5 establece que los Estados Miembros han de poner en práctica una política nacional que promueva la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación para erradicar la discriminación y, además, admite el recurso a las medidas de acción positiva que tendrán carácter temporal y se adoptarán a favor del colectivo tutelado mientras dure la situación de discriminación;
- Número 117, sobre las normas y objetivos básicos de política social de 1962 (especialmente, su parte V, artículo 14);
- Y en el Convenio número 181, sobre las agencias privadas de colocación de 1997. En concreto, el artículo 5.1 de esta norma OIT dispone que con la finalidad de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo miembro

Madrid, 1996. También, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 112, quien cita específicamente las discriminaciones en el acceso al empleo que junto a las extinciones sin causa serían los puntos claves para proteger el derecho individual al trabajo.

²¹⁶ Para profundizar en ellas, vid. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y Principio de igualdad*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1998.

²¹⁷ MONTOYA MELGAR, A., “El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, nº7, 1983, p. 29 quien afirma: “Un problema de especial delicadeza es el relativo a la discriminación consistente en la negativa del empresario a contratar: si teóricamente no hay dudas en cuanto a la ilegalidad de la conducta, en la práctica los obstáculos para hacer efectivamente exigible la responsabilidad empresarial son insalvables...”.

velará porque las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier forma de discriminación cubierta en la legislación y las prácticas nacionales tales como edad o discapacidad.

En el Derecho de la Unión Europea esta prohibición se recoge tanto en el derecho originario ya visto en el capítulo anterior –arts. 10 y 19 TFUE que fue el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam- como en el derecho derivado por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²¹⁸; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículos 1 y 3.1)²¹⁹.

Por último, la regla de no discriminación en el acceso al empleo también rige en nuestro Derecho nacional al ser una manifestación concreta del principio constitucional recogido en el artículo 14 CE y 9.2 CE. En concreto, ya estaba presente en el art. 38.2 de la Ley 51/1980, Básica de Empleo y en el art. 16.2 ET, respecto a las agencias de colocación. Por su parte, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al regular las «Medidas de aplicación del principio de igualdad de trato», en su art. 34 propugna la igualdad y no discriminación, entre otras materias laborales, en el

²¹⁸ Norma que refundió la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 y su antecesora, la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, ambas relativas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo.

²¹⁹ Vid. su artículo primero que “contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

- a) El acceso al empleo (...).”.

Y el artículo 3.1 dispone: “Dentro de los límites de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) Las condiciones de acceso al empleo (...), incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción (...).”.

acceso al empleo y en la formación profesional. El art. 2.a) Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, declara como objetivo general de la política de empleo «garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación (...) en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo»; el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que dispone la igualdad de trato de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y promoción profesionales y en las condiciones de trabajo; también se recoge en los artículos 4.2c) ET que establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente en el acceso al empleo ni una vez incorporados a la empresa y, por su parte, el art. 17.1 ET sanciona con nulidad todo pacto o decisión que contenga discriminaciones y, en fin, en la reciente LGD, específicamente art. 35, también los arts. 1 a) y 7.3.

A. El proceso de acceso a un puesto de trabajo para PCDM

1. La libertad de contratación empresarial y el límite del derecho a la no discriminación en el acceso al empleo

El acceso a un puesto de trabajo es un proceso complejo tanto desde el punto de vista de la empresa como del trabajador. Para ambas partes conlleva un proceso de búsqueda y selección que resulta ser cada vez más sofisticado. Ciñéndonos a la parte empresarial, es claro que le asiste un derecho para decidir el momento de comenzar un proceso de selección para cubrir una vacante así como el diseño tanto del puesto como del perfil del candidato requerido y la forma de selección del mismo. En efecto, como es sabido, el empleador detenta la libertad ex art. 38 CE para organizar su actividad productiva (poder de organización y dirección) que incluye la posibilidad de

contratar trabajadores o no, y en caso de hacerlo elegir a la persona más idónea²²⁰. La mayoría de la doctrina identifica la gestión del personal, la libertad de organizar y desarrollar los recursos productivos, contratar y extinguir relaciones de trabajo, dentro del contenido constitucional esencial de la libertad de empresa²²¹. Libertad constitucional que no es, sin embargo, omnímoda dado que podrá estar limitada por aquellos principios y derechos constitucionales (entre ellos, la no discriminación), disposiciones legales, reglamentarias y/o convencionales que establezcan restricciones al respecto (como por ejemplo, la obligación de contratación de personas con discapacidad o los planes de igualdad, ambos para empresas de determinado tamaño)²²². Nos centraremos en el equilibrio entre libertad de contratación y, por ende, el derecho del empresario a la designación de la persona más idónea para ser la contraparte del contrato de trabajo, y el derecho del trabajador a no ser discriminado en el acceso al empleo, cuestión muy importante para las PCDM dado que muchas de ellas no son seleccionadas precisamente por tener este tipo de discapacidad.

Ya nos encargamos de estudiar en el capítulo anterior el principio de igualdad y no discriminación recogido en nuestro texto Constitucional (arts. 14,

²²⁰ Sobre el tema, vid. la obra, ya clásica, de MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, especialmente p. 160, que luego ha ido actualizando en varios trabajos como: MONTOYA MELGAR, A., “Dirección de la actividad de la empresa. Art. 20 LET”, en AA.VV., (Director BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, pp. 146 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, RMTAS, nº 23, 2000, p. 31. También, SALA FRANCO, T., “La libertad de contratación empresarial”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pp. 351 y ss.

²²¹ Sobre el particular, vid. DURÁN LÓPEZ, F., “Contenidos constitucionales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Editorial Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 57 y ss.

²²² LÓPEZ CUMBRE, L., “Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial”, en AA.VV., (Coordinador GARCÍA MURCIA, J.), *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, 2008, pp. 106-107; AGUILERA IZQUIERDO, R., “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2003, pp. 576 y ss.

10, 9.2, 1.1, etc.). Ahora se trata de aplicarlo específicamente como límite a la libertad de contratación empresarial y tal operación tiene como efecto que a la discrecionalidad del empleador a la hora de la selección de personal no le es aplicable el principio de igualdad en el empleo, pero sí está vinculado por la prohibición de discriminación en el empleo²²³. Esto es, tal como ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en sus sentencias 41/1999, de 22 de marzo y 173/1994, de 9 junio, el principio de igualdad y no discriminación se extiende a las fases previas al contrato de trabajo y, en concreto, al momento de la selección de personal; de suerte que la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar presuponen de por sí una cierta discrecionalidad del empresario en la elección de los trabajadores, con un límite extraordinario, el de la prohibición de discriminar “que no pretende anular dicha libertad sino únicamente limitar el uso ilegítimo de la misma. El empleador podrá contratar libremente en su empresa salvo que emplee razones prohibidas por el art. 17.1 LET”²²⁴. Por tanto, aun cuando la regla general es que el empleador no deba justificar los motivos de su contratación, sí habrá de hacerlo cuando se enfrente a una denuncia por discriminación. Y ello porque, tal como se ha indicado, la prohibición de discriminación en el acceso al empleo impone al empresario la necesidad de poseer una justificación objetiva y técnica de las razones por las que se selecciona a un trabajador y no a otro. Se impone, pues, una carga de justificación del uso de la libertad de contratación empresarial derivada del mandato constitucional del artículo 14 CE²²⁵.

²²³ Sobre esta cuestión, muy debatida por la doctrina, vid. extensamente, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y Principio de igualdad*, cit., especialmente, pp. 133 y ss. y p. 140. También, RUIZ CASTILLO, M.M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, cit., especialmente, hasta la p. 96. Por su parte, enunciando y reivindicando el principio general de no discriminación en el proceso de selección, OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., p. 24).

²²⁴ *Ibidem*, p. 114.

²²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Igualdad en el empleo y la ocupación”, *Temas Laborales*, 2007, número 91, pp. 144-145.

El empresario puede basar sus decisiones de selección y contratación de trabajadores en motivos “racionales” (contratación del solicitante más cualificado); “cuestionables” (contratación por recomendación, postergando a un trabajador más cualificado pero que carece de referencias), “excéntricos, aunque no necesariamente ilegales” (selección de trabajadores porque nacen en un mes concreto o en función del signo del zodiaco), sociales o “moralmente inaceptables”²²⁶. Pero frente a esta libertad de contratar a quien quiera y por las razones que se quiera, se proyecta el principio de no discriminación que actúa como límite de dicha libertad, impidiendo el trato peyorativo de las personas fundado en los criterios prohibidos en la normativa antes enunciada (raza, color, sexo, género, religión, opinión política, afiliación sindical, ascendencia nacional u origen social, edad, discapacidad, etc.). En definitiva, si un candidato en los procesos de reclutamiento y de selección es descartado exclusivamente por su religión, raza, sexo, afiliación sindical, opinión política, discapacidad o, en general, por uno de los motivos de discriminación expresamente tipificados constitucional o legalmente, causas que evolucionan con el tiempo²²⁷, tal decisión empresarial será discriminatoria y por ello nula. Así, el art. 35.5 LGD establece que “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las

²²⁶ CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n 33, pp. 75-98. También, RUIZ CASTILLO, M.M., *Igualdad y no discriminación...*, cit., p. 32, quien se pregunta sobre la legalidad o no de un criterio empresarial de contratación únicamente a personas rubias. No hay desigualdad injustificada puesto que todas las personas morenas son excluidas siempre. Asimismo, como la igualdad de trato no es aplicable porque el empresario no es un sujeto público y contrata a quien desea, se entiende que la medida sería lícita pues a pesar de existir un colectivo de personas morenas que sufre un trato peyorativo pero al no atentar a su dignidad y no ser un colectivo marginado o segregado históricamente, puesto que se trata de un colectivo al que sí contratan otros empresarios sin problema, la medida no sería discriminatoria.

²²⁷ Sobre los motivos de discriminación, vid. extensamente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, en AA.VV., (Coordinador GARCÍA MURCIA, J.), *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, cit., pp. 43-79, especialmente p. 46, cuando indica: “el legislador internacional es consciente de que la prohibición de discriminación se proyecta sobre realidades sociales concretas, que avanzan y se modifican. De ahí que sea necesario prever la evolución de estas sociedades y el nacimiento de nuevos motivos de victimización que deben prohibirse por lo que suponen de ataque directo a la dignidad de la persona humana. El tratamiento internacional de la discapacidad es una muestra de ello (...). La lista de causas de discriminación nunca es cerrada: se mantiene abierta a supuestos no previstos en que la condición o la situación social de un determinado colectivo requiera la tutela antidiscriminatoria”.

cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo”.

En relación a si existe un derecho del candidato en un proceso de selección a saber los motivos del empresario para contratar a otro aspirante finalmente seleccionado, es interesante la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto Galina Meister C-415/10²²⁸, que preconiza que no existe tal derecho de acceder a la información indicada. Ahora bien, no se puede obviar que una denegación total de dicha información por parte de la empresa puede considerarse un indicio de discriminación directa o indirecta, cuestión que tendrá que dilucidar en el caso concreto el juez nacional. En todo caso, la doctrina comunitaria²²⁹ establece que al igual que ocurre en la carga de la prueba en los casos por discriminación por razón de sexo, la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato debe acreditar hechos que presenten un principio de prueba de la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación.

La norma general del principio constitucional de prohibición de discriminación en el acceso al empleo presenta una excepción por la cual es posible que el empleador decida no contratar a un determinado trabajador por alguna de las razones generalmente vedadas por discriminatorias (en nuestro caso, porque el trabajador presenta una discapacidad mental) y tal decisión sea lícita. Serían diferencias de trato sí admitidas por el ordenamiento y se distinguirán de los tratos peyorativos o discriminaciones. Para ello, la

²²⁸ Esta sentencia versa sobre un caso en el cual la candidata, la Sra. Galina Meister, había demostrado ostentar el nivel de cualificación requerido en la oferta de empleo y el empresario no había negado tal adecuación y, a pesar de ello, la empresa no la convocó ni siquiera para una entrevista con vistas a la contratación.

²²⁹ STJUE de 21 de julio de 2011, asunto Kelly (C-104/10, Rec. P. I-0000).

normativa (artículo 4.1 de la Directiva 2000/78)²³⁰ exige que el empresario justifique su decisión en que los requisitos profesionales esenciales y determinantes para llevar a cabo la actividad concreta de que se trate o el contexto en el que se ha de llevar a cabo, impiden que tal actividad pueda ser realizada por una PCDM. A la consideración de esencial y determinante del requisito profesional a evaluar y que no podría ser realizado por una PCDM se unen otras dos condiciones exigidas por la legislación, a saber: el objetivo debe ser legítimo y el requisito proporcionado. Esto es, en estos casos, existe una causa objetiva que justifica que, en nuestro caso, una PCDM no pueda ser reclutada o seleccionada para un puesto de trabajo concreto. Esta causa para ser objetiva debe versar sobre los requisitos profesionales esenciales y determinantes²³¹ para llevar a cabo la actividad del puesto de trabajo en cuestión por lo que se dejan de lado condiciones meramente accesorias al trabajo o función. Tal como indica ALAMEDA CASTILLO “implica, en definitiva, la admisión de que una característica relacionada con el sexo, la edad, o el origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad puede fundar una diferencia de trato en el empleo cuando dicha característica sea un

²³⁰ “(...) los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrán carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Traspuesto por el artículo 34.2 párrafo segundo de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Tal como indica ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo*, cit., nota 278 de la p. 104, en la Directiva 76/207 se hablaba de “condición determinante” y ahora se ha pasado a la noción más restrictiva de “requisito profesional esencial y determinante” en las Directivas 2002/73, 2000/43 y 2000/78.

En alguna medida, el artículo 35.4 LGD va en la misma línea cuando indica: “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión” (el subrayado es nuestro).

²³¹ Requisitos profesionales genuinos según la OIT. Vid. OIT, *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación: directrices*, Editorial Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, p. 28.

requisito profesional exigible de buena fe, esencial, determinante y de exigencia proporcionada” (es por lo que se ha denominado *bona fides occupational qualification* o “cualificación profesional de buena fe”), cuestión que a pesar de utilizar conceptos jurídicos indeterminados no hay sobre la misma doctrina judicial asentada a nivel interno y comunitario²³².

Vista la regla general (prohibición de discriminación en el acceso al empleo) y su excepción (diferencia de trato no discriminatoria ex artículo 4.1 Directiva 2000/78), estudiaremos el tema en concreto para las PCDM.

No obstante, es menester indicar que partimos de la base que la PCDM pueda desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo, sin perjuicio de la necesidad de realizar algún ajuste razonable, pues, como establece el Considerando 17 de la Directiva 2000/78 y en la misma línea el artículo 4.2c) párrafo segundo ET se precisa dicha capacidad del trabajador pues de lo contrario se aceptaría un trato diferenciador no discriminatorio. En efecto, la Directiva precisa que “no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad”. Por su parte, la norma estatutaria mantiene que “Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Pero tal como indica RUIZ CASTILLO no estamos hablando de imposibilidad sino de inidoneidad para realizar las funciones básicas -y exigibles de buena de buena fe- del puesto de trabajo, de la que se debería exigir al empresario alguna prueba fehaciente de la

²³² ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo...*, cit., pp. 102-109, la cita en p. 102, y la referencia a la falta de jurisprudencia en pp. 105-106, donde cita la STC 207/1987 y la STJUE de 10 de julio de 2008, Asunto Feryn en la cual el tribunal entendió que el hecho de que un empleador declarara públicamente que no contrataría a trabajadores de determinado origen étnico o racial, para satisfacer las exigencias de sus clientes, constituía una discriminación directa en la contratación.

misma para no producir una clara desventaja al colectivo de PCD a la hora de su selección frente a otros candidatos al puesto de trabajo²³³.

2. Proceso de acceso al empleo discriminatorio para una PCDM y sus consecuencias jurídicas.

Para la provisión de una nueva vacante, la empresa suele poner en marcha un proceso bastante complejo. Sin ánimo de exhaustividad, tal proceso se puede dividir en tres pasos sucesivos²³⁴: primero, se diseña la oferta de empleo con la información del perfil del puesto y del candidato requerido; a continuación, se lleva a cabo el reclutamiento de candidatos para, en un tercer momento, realizar el proceso de selección para designar el candidato idóneo que ocupará el puesto vacante y que será la persona con la cual la empresa firmará el contrato de trabajo.

De los tres momentos, el primero y el tercero son más importantes dado que el segundo de ellos, el reclutamiento de candidatos, se realiza como una actuación mecánica en función de la oferta y perfil diseñados en el primer paso. Si tal oferta de empleo puede ser discriminatoria (porque, por ejemplo, determine sin justificación objetiva que puede ser cubierta por una persona con discapacidad pero absteniéndose aquellas que tengan una discapacidad mental), el reclutamiento de candidatos también atesorará esta condición

²³³ RUIZ CASTILLO, M.M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, cit., pp. 64 y 68.

²³⁴ Basado en nuestra experiencia práctica en la Dirección de Recursos Humanos de una empresa durante varios años. Sobre el tema, vid. EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para un proceso de selección no discriminatoria*, editado por el propio instituto, Vitoria-Gasteiz, diciembre 2004.

Esta fase del proceso de acceso a un puesto de trabajo ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., pp. 41 y 44 la define como “fase genérica o indiferenciada”, para diferenciarla de la “fase específica o de autonomía negocial” en el que la empresa ya tiene cierta voluntad de iniciar una relación laboral con determinado/s candidato/s, aunque puede que no esté totalmente perfilada la persona definitiva.

contraria a Derecho. Analizaremos, pues, sucintamente los pasos primero y tercero por las implicaciones con las PCDM que tales momentos pueden tener²³⁵.

a) El diseño de la oferta de empleo: el perfil del puesto y del candidato

Para la cobertura de una vacante se ha de determinar en primer lugar, por un lado, el concreto puesto de trabajo con las funciones que va a desempeñar, qué responsabilidades tendrá y de quién dependerá (situarlo en el organigrama de la empresa y en el sistema de clasificación profesional del Convenio Colectivo aplicable) y, por otro, se establecerá qué competencias (técnicas, profesionales y personales) se consideran idóneas para llevarlas a cabo. A partir de dicha descripción, se establecen las características del perfil del candidato y se diseña la oferta de empleo²³⁶.

Es en este momento cuando se puede pensar si la vacante puede ser ocupada por una persona perteneciente a algún colectivo que precise algún apoyo o ajuste en el puesto y, específicamente, por una persona con discapacidad²³⁷. De hecho, existen muchas ofertas de empleo que se publican en

²³⁵ Sobre el proceso de reclutamiento del cual no entraremos en este trabajo, vid. por ejemplo, ANDRÉS REINA, M.P., “Nuevos procedimientos en el proceso empresarial de provisión de candidatos: el reclutamiento on-line”, Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales, nº 47, 2004, pp. 90 y ss., y otros trabajos citados por ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo...*, cit., notas a pie 39, 40 y 46, pp. 41 y 43.

²³⁶ En parecidos términos, EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para un proceso de selección no discriminatoria*, cit., pp. 14-16.

²³⁷ Sobre este tema, vid. VILLAGÓMEZ MORALES, E., *Adecuación de puestos de trabajo para personas con discapacidad: repercusiones económicas y sociales*, Edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2001. También diferentes y sucesivas Guías de Adaptación de Puestos de Trabajo para Personas con Discapacidad elaboradas por la Fundación Prevent, se pueden consultar en línea www.fundacionprevent.com. Es interesante recalcar cómo existen Guías para las personas con discapacidad física, sensorial e intelectual pero no para la discapacidad mental.

los portales de empleo o que son requeridas por agencias de selección y colocación que están diseñadas para ser cubiertas por este tipo de trabajadores, sobre todo en empresas de más de 49 trabajadores debido a la obligación de cubrir la cuota del 2% de trabajadores con aquellos que presenten una discapacidad (art. 17.2 ET y art. 42 LGD). Tales ofertas se encuadrarían jurídicamente como discriminaciones positivas o dentro de las medidas de acción positiva, ya estudiadas en el capítulo anterior, para conseguir la equiparación real del colectivo de trabajadores con discapacidad con el resto de trabajadores (artículo 40 LGD)²³⁸, colectivo que, como se sabe, detenta unos porcentajes tanto de inactividad como de desempleo mucho mayores en comparación con la población general sin discapacidad²³⁹. Por tanto, pueden existir ofertas de empleo que se destinen exclusivamente a ser cubiertas bien por PCD en general, bien por alguno de los cuatro grupos existentes dentro del colectivo (PCD física, sensorial, intelectual o mental). Ello será posible en dos diferentes supuestos:

Por un lado, para ser cubiertas por alguna persona incluida dentro de las llamadas discapacidades severas según la Ley 43/2006²⁴⁰ (personas con

²³⁸ Artículo que está en la sección dedicada al Empleo ordinario. Literalmente indica el artículo 40. *Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo.*

1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.

²³⁹ Vid. Instituto Nacional de Estadística, *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2012*, publicadas en diciembre de 2013. Según estas estadísticas (página 8 de la nota de prensa), dentro del colectivo de las PCD son las PCDM las que presentan un menor porcentaje de actividad (27,1%), seguido por la discapacidad intelectual que le aventaja en 1,7% de tasa de actividad y frente a más del 57% de las personas con déficit auditivo. Por ello, a las PCDM son a las que más les cuesta el acceso al mundo laboral, seguidas por las PCD intelectual.

²⁴⁰ Ley 43/2006, de 30 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (corrección de errores por BOE del 12/02/2007). Esta norma establece el programa de fomento del empleo con visos de estabilidad para evitar las sucesivas normas anuales que trataban la materia. En el artículo 2 de dicha Ley se diferencian dentro del colectivo de PCD, aquellas que tienen parálisis cerebral, discapacidad intelectual o enfermedad mental, cualquier que sea su grado de discapacidad y las PCD física o sensorial con más del 64% de discapacidad. Estas se considerarán como las discapacidades severas por ser las de más difícil inserción laboral y su contratación tiene aparejada un mayor apoyo económico.

parálisis cerebral, discapacidad intelectual o enfermedad mental, cualquiera que sea su grado de discapacidad y para las PCD física y sensorial exclusivamente aquellas con un grado de discapacidad mayor al 64%) que tienen más dificultades de inserción laboral. La distinción entre los diferentes colectivos dentro del grupo heterogéneo de las PCD se justifica por esta causa de la mayor dificultad del acceso al empleo “siendo, en sentido contrario, inadmisibles las distinciones injustificadas en función de los diversos tipos o intensidad de la discapacidad”²⁴¹.

Por otro, cuando la oferta de empleo se destine a un colectivo concreto dentro de las PCD debido a que es promovida por una entidad cuya misión es la inserción laboral de este concreto colectivo (por ejemplo, una oferta de empleo para personas sordas en un Centro Especial de Empleo promovido por una Asociación de Sordos). Tal práctica fue legitimada por el Tribunal Supremo al enjuiciar un caso del Convenio Colectivo de la ONCE que establecía diferencias de trato en la contratación según el tipo de discapacidad y se legitimó porque dado que la ONCE es una organización protectora de los ciegos españoles, el Tribunal entendió lógico que estableciera una protección reforzada para este colectivo en detrimento de otros colectivos dentro de las PCD²⁴².

Ahora bien, tal como antes se indicó, es posible que una determinada oferta de empleo se establezca que no puede ser llevada a cabo por una PCDM. Para que sea eso posible y se considere una diferencia de trato legítima y no una actuación discriminatoria, se requiere como antes dijimos que se base en una causa objetiva requerida por la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o del contexto en que se lleve a cabo, y que, además, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

²⁴¹ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo y Discriminación*, cit., p. 237.

²⁴² Vid. STS 26 de octubre de 1999 (RJ 6.708/1999, recurso 980/1999).

Desde nuestro punto de vista, tales prácticas deben ser interpretadas restrictivamente dado que tienen por efecto no considerar discriminatoria una diferencia de trato basada en una causa específicamente tasada como tal en la legislación.

En concreto, dado que como vimos en el primer capítulo de este trabajo, la discapacidad mental ocasiona un conjunto de déficits neuropsicológicos que afectan fundamentalmente a cualidades como la percepción, la atención, la concentración, la memoria, la capacidad de tomar decisiones en ciertas situaciones o la capacidad de interacción social, podría vetarse a las PCDM un determinado puesto de trabajo que como requisito profesional esencial y determinante requiera un grado importante de alguna o varias de estas características o competencias.

La operación no es sencilla porque, como vimos, no todas las PCDM tienen afectadas las mismas capacidades y en el mismo grado y, por ello, sería posible que una PCDM en concreto sí pudiera realizar un puesto de trabajo que requiera elevadas dosis de concentración o atención (por ejemplo, un controlador de vuelo o un conductor de metro), aunque en general, el colectivo de PCDM no sea el más idóneo para realizarlo.

Por tanto, aunque puedan existir ciertos trabajos que no sean aptos para PCDM por los requisitos profesionales esenciales y determinantes que exige, dado que el colectivo es muy heterogéneo, entendemos preferible no vetar al colectivo de PCDM en su conjunto sino establecer como prioritarios otros colectivos de candidatos, sin perjuicio de que un determinado sujeto que está dentro de las PCDM pueda ser finalmente el elegido para la cobertura de la vacante si resulta ser el que más se ajusta al perfil requerido.

Por ejemplo, pensemos en un puesto de comercial de una empresa. En el núcleo esencial y determinante de los requisitos profesionales que se exigen de buena fe en la actividad está la capacidad de interacción o relación social. Ciertamente es una de las capacidades que normalmente se ven mermadas con

la discapacidad mental pero entendemos que tal puesto de trabajo no podría vetarse para todo el colectivo dado que hay PCDM que sí atesoran, sin lugar a dudas, estas capacidades. Esta sería la opción más conforme con el principio de interpretación restrictiva que debe presidir las diferencias de trato por causa de discapacidad en el acceso a un puesto de trabajo. La situación como se observa dista de estar resuelta y provoca inseguridad jurídica para la empresa que opte por vetar un determinado puesto a las PCDM ya que se arriesga a que tal decisión empresarial sea tachada de trato peyorativo y discriminatorio. Por ello, se precisaría una mayor concreción por puestos de trabajo o actividades como ocurre, por ejemplo, con las Fuerzas Armadas para las que dado el tipo de actividades que se realizan en ellas, se ha aprobado un cuadro médico de exclusiones para poder ingresar en un centro docente militar de formación vetando su incorporación para los más importantes trastornos mentales graves²⁴³.

La operación de comprobar si un puesto de trabajo es apto para el colectivo de PCDM debe realizarse teniendo previamente en cuenta los posibles ajustes razonables, ya estudiados en el capítulo precedente, que el puesto de trabajo pudiera requerir para ser realizado por una PCDM. Si con ajustes concretos (por ejemplo, se evita la somnolencia provocada por la medicación que toma por su patología la PCDM y que tiene como efecto secundario la limitación de la atención con un simple cambio de horario o con la posibilidad de seguimiento o apoyo en unas horas por un preparador laboral o técnico de empleo, etc.), el puesto de trabajo puede ser llevado a cabo con garantías por una persona de este colectivo, tal ajuste se exige a la empresa ex arts. 40.2, 63 y 66.1 LGD²⁴⁴.

²⁴³ Vid. la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, que aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Actualizado en 2009.

²⁴⁴ Art. 40.2 LGD “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”;

En todo caso, para el supuesto de que una empresa considere que una oferta de empleo de un puesto de trabajo no es apta para PCDM, la argumentación que justifica tal decisión debe estar disponible para cualquier persona del colectivo que se interese por el tema pues, si se exige una causa objetiva que justifique la diferencia de trato por motivos de discapacidad para evitar que tal trato peyorativo sea considerado discriminatorio, lo lógico es que dicha causa sea de fácil acceso. De lo contrario, tal actuación podría considerarse un indicio de discriminación directa o indirecta en el acceso al empleo siguiendo el razonamiento de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto Galina Meister C-415/10 a la que antes nos referimos.

En conclusión, pueden existir ciertos trabajos que la empresa determine que no pueden ser desempeñados por PCDM dado que su discapacidad afecta a los requerimientos profesionales esenciales y determinantes para llevar a cabo la actividad de que se trate, teniendo en cuenta siempre con anterioridad a esta posible exclusión los ajustes razonables al puesto de trabajo exigidos a la empresa. Ello ocurrirá, sobre todo, con puestos de cierta responsabilidad pues en los puestos subalternos, técnicos y de apoyo, resulta difícil que ninguna PCDM llegue a poder atesorar teóricamente las competencias exigidas, siendo un colectivo tan heterogéneo y con las diferencias existentes entre unas y otras PCDM.

art. 63 LGD: “Artículo 63. *Vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades.*

Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.”; y art. 66 LGD “Artículo 66. *Contenido de las medidas contra la discriminación.*

1. Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables”.

b) Consecuencias jurídicas para la empresa por una oferta de empleo contraria a Derecho

Analizada el diseño de la oferta de empleo, resta por plantearse, por un lado, qué puede hacer una PCDM que considere que se le impide de manera contraria a Derecho poder participar en un proceso de reclutamiento y posterior selección de un determinado puesto de trabajo, bien porque no existe justificación objetiva de la decisión empresarial, bien porque la justificación alegada por la empresa no cumple con las prescripciones legales exigidas (ser un requisito profesional exigible de buena fe, esencial, determinante, proporcionado y que persigue un objetivo legítimo). Por otro, y muy unido con la anterior, qué consecuencias jurídicas puede tener tal actuación para la empresa.

Nos encontramos en una fase muy inicial del proceso de cobertura de una vacante en una empresa y, por ello, evidentemente, no existe un derecho al puesto de trabajo (que la plaza sea para la persona que alega la discriminación), pero sí que el proceso de acceso al empleo no vulnere los derechos fundamentales (no discriminación) de las personas interesadas en el mismo. La STJUE de 10 de julio de 2008, asunto Feryn, pone de manifiesto que el derecho a un proceso respetuoso con los derechos fundamentales abarca a la fase anterior al inicio del proceso de selección. Recuérdese que en esta sentencia, el responsable de una empresa había manifestado que no contrataría trabajadores extranjeros ante las reticencias de sus clientes a permitirles el acceso a su domicilio y, por tanto, ver afectado su negocio y la posición competitiva de su empresa. En este caso el Tribunal entendió que tales declaraciones ya constituían una discriminación directa en la contratación al poder disuadir firmemente a potenciales candidatos, aún sin identificar, de ser solicitantes del empleo y, por tanto, dificultar su acceso a un puesto de trabajo.

Jurídicamente, por tanto, en esta fase son meras expectativas a un puesto de trabajo pero al producirse vulneración de derechos fundamentales (no discriminación) tales expectativas de los demandantes de empleo “gozan de protección reforzada”²⁴⁵.

Si las ofertas de empleo o los perfiles de puestos y competencias requeridas, diseñados por la empresa son discriminatorios existe una responsabilidad administrativa por infracción muy grave ex art. 16.2 LISOS²⁴⁶ que podría ser sancionada con multa de cuantía variable entre 6.251€ y 187.515€ [art. 40 1.c) LISOS].

Además, el artículo 17 de la Directiva 2000/78 declara expresamente la obligación de los Estados miembros de establecer un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas para trasponer la Directiva. Tales sanciones podrán incluir la indemnización a la víctima.

En nuestro Derecho nacional, por su parte, el artículo 75 LGD establece las dos siguientes reglas: por un lado, en su apartado primero que “la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”. Y, por otro, en el segundo que “la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope

²⁴⁵ En el mismo sentido, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., pp. 66-73, especialmente, p. 69.

²⁴⁶ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto y corrección de errores en BOE de 22 de septiembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, artículo redactado tras la modificación operada por el artículo 2 de la Ley 3/2012, de 26 de diciembre (BOE del 27), de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Se consideran sanciones muy graves “Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”.

máximo fijado «a priori». La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”.

De todo este precepto, resaltamos por su importancia el último inciso del primer apartado cuando indica “restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho” pues descubre una opción legislativa proclive a una tutela judicial que debe basarse en la adopción de medidas diversas de restitución del derecho e incluso el cumplimiento *in natura*, esto es, que se obligue a hacer a la empresa aquello que no se pudo tener derecho por la actuación discriminatoria, más que a una simple indemnización económica²⁴⁷.

Basándonos en esta legislación, es lógico que se podría iniciar una acción cuyo objetivo fuera anular las ofertas y volver a redactarlas sin contenido discriminatorio, pudiéndose añadir, aparte de una indemnización de daños y perjuicios²⁴⁸, que si el proceso de selección no ha concluido se paralizase debiéndose reiniciar para que se puedan incorporar todos los candidatos indebidamente excluidos del mismo.

Por su parte, para aquellos supuestos en los que la cobertura de la vacante ha sido culminada con la contratación de una persona, la cuestión parece más compleja al afectar a derechos de un tercero, el trabajador contratado, tema que ha sido debatido por la doctrina²⁴⁹. Nuestra posición al respecto sería la siguiente:

²⁴⁷ En esta misma línea, MOLINA NAVARRETE, C., “Del principio al derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), nº 251, 2004, p. 186.

²⁴⁸ En relación a esta indemnización es interesante la Ley general sobre la igualdad de trato alemana (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, de 14 de agosto de 2006 (BGBl, 2006 I, p.1897) que dispone en su artículo 15.2: “El trabajador puede reclamar una indemnización por un daño de naturaleza no económica. En caso de no ser contratado, la indemnización no puede exceder de tres mensualidades de salario cuando el trabajador no haya sido contratado, incluso en caso de selección no discriminatoria”.

²⁴⁹ Sobre las diferentes posiciones doctrinales, vid. ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., pp. 66-74 y pp. 303 y ss., especialmente 330-345.

Partimos de cuestionar jurídicamente la decisión empresarial que impide entrar a posibles candidatos en el proceso de cobertura de la vacante. Tal decisión se basa en la libertad de contratación inserta dentro de la libertad de empresa ex art. 38 CE pero en todo caso debe realizarse respetando los derechos fundamentales de los candidatos en el proceso de selección. Si resulta ser contraria a los derechos fundamentales de no discriminación en el acceso al puesto de trabajo de aquéllos, tal comportamiento empresarial será nulo (art. 17 ET y 35.5 LGD). Por tanto, el debate jurídico se centra en cuestionar el germen del proceso de cobertura de la vacante y no la decisión posterior de elegir a una concreta persona entre las que sí pudieron entrar en dicho proceso, pero tal decisión ulterior está viciada porque deviene de una anterior decisión empresarial nula de pleno derecho.

Desde la órbita procesal, al situarnos dentro de la tutela de los derechos fundamentales, la sentencia que eventualmente considerase discriminatoria tal decisión empresarial debe, según el artículo 182 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS)²⁵⁰, además de declarar la existencia de la vulneración de derechos fundamentales y la nulidad radical de la actuación del empleador, ordenar el cese inmediato de dicha actuación o la obligación de realizar la actividad omitida, cuando una u otra sean exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados y, además, la resolución judicial dispondrá “el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera”. Tal como indica ALAMEDA CASTILLO “la nulidad radical de la conducta discriminatoria implica la preferencia del ordenamiento por la restitución del afectado en la integridad de su derecho lo

²⁵⁰ Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), Reguladora de la Jurisdicción Social.

que se materializa en la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer frenando la tendencia judicial a ‘monetizar la condena’”²⁵¹.

Aplicado a nuestro supuesto estudiado, la resolución judicial debe declarar la existencia de una vulneración del principio de no discriminación en el acceso al empleo, eliminar el obstáculo que impidió entrar a formar del proceso de reclutamiento y selección y ordenar tanto la nulidad de todas las actuaciones empresariales posteriores al acto prohibido, incluida la eventual contratación de otro candidato al puesto de trabajo, como la repetición del proceso de cobertura de la vacante al que se incorporará ya la PCDM que reclamó la actuación empresarial²⁵².

Por tanto, la sentencia declarará que se ha producido la discriminación y tratará de enmendar la situación producida por una decisión nula de pleno derecho pero no podrá declarar que la persona discriminada sea contratada de no haberse producido aquella discriminación. En palabras de CÁMARA BOTÍA “La sentencia dice que el trabajador fue discriminado, no que habría sido contratado de no ser por el acto discriminatorio”²⁵³.

Otras soluciones jurídicas que se han adoptado por algunos Tribunales Superiores de Justicia²⁵⁴ para restituir el derecho de la persona discriminada tales como considerar que debe ser contratado si hay otra vacante o que entre a

²⁵¹ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., p. 337.

²⁵² En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J., “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV. (Director CRUZ VILLALÓN, J.), *Estatuto de los trabajadores comentado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 248. También, MOLERO MANGLANO, C., LÓPEZ ÁLVAREZ, J.M., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 12ª edición, p. 442. Por su parte, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., p. 339, sostiene que la nulidad del proceso de selección ya terminado sería “algo difícilmente admisible si se ejercita una acción individual, cuya eficacia sería inter pares, lo que obligaría para alcanzar un resultado semejante (...) a una multiplicación de demandas individuales”.

²⁵³ CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y no discriminación en el empleo”, cit., p. 97.

²⁵⁴ Sobre las mismas, vid. ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., pp. 338-341.

formar parte de un futuro proceso de selección (STSJ Cantabria 14 de noviembre de 2005)²⁵⁵ o, en fin, que se mantenga en reserva para su contratación preferente en las contrataciones previstas para años sucesivos (STSJ Cantabria 23 de mayo de 2007)²⁵⁶, nos parece que no responden adecuadamente a la consecuencia principal de la declaración de nulidad de la decisión empresarial cual es *la reposición de la situación al momento anterior de producirse el acto discriminatorio para restablecer al demandante en la integridad de su derecho* [art. 182 d) LJS] y, por ello, dado que un acto nulo de pleno de derecho no puede tener efectos jurídicos, preferimos la solución antes enunciada de declarar nulas todas las actuaciones posteriores a la decisión empresarial de impedir el acceso de una PCDM al proceso de cobertura de la vacante y volver a realizar dicho proceso incluyendo ya a las PCDM.

Además de la tutela individual que acabamos de revisar, cabe la posibilidad de una reclamación al empresario por infracción del derecho a la no discriminación de la PCDM bien por parte del sindicato al que ésta pudiera pertenecer o por los sindicatos más representativos (art. 177.2 LJS), bien por los representantes de los trabajadores de la empresa [art. 64.7.a).1º ET]²⁵⁷, bien por las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos del colectivo de PCD –el CERMI o Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, conocido comúnmente como la sociedad civil organizada de este colectivo- que “podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación” (art. 76 LGD), si bien como recuerda el art. 177.2 LJS “no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador

²⁵⁵ Aranzadi Social 2005, número 3.000.

²⁵⁶ Aranzadi Social 2007, número 2.556.

²⁵⁷ Como parte de la labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo que el ET atribuye a los Representantes de los Trabajadores.

perjudicado”. De alguna manera, la reclamación jurídica colectiva por parte del movimiento asociativo de la discapacidad puede ser un medio muy efectivo para sacar a la luz estos supuestos de tutela de derechos fundamentales en el acceso a un puesto de trabajo y sus consecuencias jurídicas serían similares a las que acabamos de estudiar en las reclamaciones individuales.

c) El proceso de selección. Especial referencia a la entrevista personal

En este punto nos referimos a la tercera fase del proceso que pone en marcha la empresa para la cobertura de una vacante de las que hablamos anteriormente²⁵⁸. Ya está diseñada la oferta de empleo y el perfil del candidato; también ya está realizado el proceso de reclutamiento de candidatos y ahora se pondrá en marcha el proceso de selección entre las personas reclutadas.

Los problemas jurídicos para las PCDM surgen cuando son descartados del proceso de selección por la empresa cuando ésta conoce que aquélla tiene una discapacidad mental. Aunque puede darse en varias situaciones (por ejemplo, la empresa tiene conocimiento porque lo indica expresamente el candidato en su Currículum Vitae y por ello es directamente descartado), lo cierto es que normalmente sucede en la fase de la entrevista personal y de ahí que hayamos elegido centrarnos en estudiar este momento crucial del proceso de cobertura de una vacante. En concreto, se trata de estudiar el equilibrio jurídico entre el parecer empresarial, proclive a conocer la máxima información de la discapacidad del candidato al que entrevista y el punto de vista del trabajador que no quiere revelar cuestiones personales que pueden hacerle ser descartado del proceso de selección y, por ello, no ser finalmente contratado.

²⁵⁸ Vid. el inicio del punto 2 de este apartado.

En este momento se confrontan dos posiciones jurídicas singulares: por un lado, si la empresa detenta un derecho para poder preguntar qué discapacidad tiene la persona candidata y, más específicamente, el diagnóstico médico de la misma, todo ello relacionado con su obligación de prevención de riesgos laborales y de vigilancia de la salud del futuro trabajador seleccionado. Y, por otro, el derecho a la intimidad del trabajador que le proteja de tener que declarar ciertos aspectos su vida privada sin que su decisión de reservar esta parcela de su intimidad conlleve la consecuencia negativa de no ser finalmente seleccionado.

Esta interesante problemática jurídica se sitúa en un contexto en el que según mantiene la OIT las PCD en general, y nosotros planteamos que las PCDM en particular, sufren discriminaciones en el momento de la contratación. En efecto, tal como indica el Director General de la OIT “en Europa, una persona entre 16 y 64 años de edad tiene el 66% de posibilidades de encontrar empleo. Esta tasa desciende al 47% en el caso de las personas con discapacidad moderada y a un 25% para las que tienen discapacidades graves” ²⁵⁹.

Comenzando por escudriñar si el trabajador tiene derecho a no declarar cierta información íntima que le pueda ser perjudicial en el proceso de selección la respuesta inicial debe ser afirmativa. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional para los datos de salud: “Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2º), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza

²⁵⁹ OIT, “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”, Informe global de seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Editado por la propia OIT, Ginebra, 2007, p. 49. Como se observa, se trata de un informe de 2007 pero consideramos que la situación ahora más compleja por efecto a la crisis económica.

sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento” (STC 159/2009, de 29 de junio). También se ha indicado específicamente con el ocultamiento del embarazo dado que puede ser una condición que le puede conducir a un comportamiento discriminatorio y traducirse en la pérdida de empleo (STC 92/2008, de 21 de julio). Por tanto, estas circunstancias personales se encontrarían en el ámbito de la intimidad²⁶⁰.

Refiriéndonos a la Discapacidad, la Convención de Naciones Unidas [art. 3 a) y d)] la concibe como una condición humana dentro del ámbito de la dignidad a la cual se le debe aceptación y respeto por la diferencia que supone. Por esta razón, desde nuestro punto de vista, es evidente que se trata de una cuestión inserta dentro del ámbito de la intimidad de la persona (art. 18 CE) y representa un tipo de dato sensible para la Ley Orgánica de Protección de Datos²⁶¹ (en adelante, LOPD) a la que se dispensa por esta norma una singular protección²⁶². No obstante, hay doctrina²⁶³ que considera que la Discapacidad, como la raza o el sexo, “no forman parte, en puridad de la esfera personal de decisión, pues el individuo carece –en principio- de disposición sobre ellas” y, por ello, difícilmente podría pensarse en una privacidad absoluta sobre las mismas. La razón fundamental que esgrime este autor es que se trata de cuestiones apreciables a simple vista por lo que no puede considerarse por ello dentro del ámbito de la intimidad de la persona. Es claro que este razonamiento si bien puede ser válido para la discapacidad física y, en parte, para la sensorial

²⁶⁰ De la misma opinión y específicamente sobre la discapacidad mental, vid. VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar...*, cit., pp. 157-160.

²⁶¹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (BOE del 14), de protección de datos de carácter personal. Como se sabe, esta norma traspone la Directiva 96/45 sobre protección de las personas físicas en lo relativo a los datos personales y a la libre circulación de estos datos.

²⁶² Vid. art. 7 LOPD. En general, sobre el tema vid. THIBAUT ARANDA, J., “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2000, pp. 170 y ss.; también, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012.

²⁶³ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo (Asturias), 2009, pp. 28, 34 y 54.

e intelectual, no lo es para la discapacidad mental pues ésta no se percibe en la apariencia exterior y la información de la misma sólo la detenta la PCDM y, por tanto, debe considerarse un aspecto indisolublemente unido a su más estricta intimidad. E incluso para los supuestos en que la discapacidad pudiera ser apreciable a simple vista, los apoyos que la persona precisa (esto es, el tratamiento médico, farmacológico y rehabilitador que la persona pudiera requerir), nadie tiene por qué conocerlos ni darlos por supuesto por lo que también forman parte de la esfera privada de la persona.

Nos situamos en la fase de selección del candidato idóneo para un puesto de trabajo por lo que la empresa tendrá derecho a conocer información del mismo para identificar no sólo su capacidad laboral sino su superioridad sobre otros aspirantes en términos de productividad. No obstante, se debe cumplir con el principio de la OIT por el cual “Las pruebas y los criterios de selección deberían centrarse en las calificaciones, conocimientos y competencias específicos que se consideren esenciales para el desempeño de las funciones del puesto vacante”²⁶⁴ que, en correspondencia con la LOPD (art. 4) tal información, tal como indica ALAMEDA CASTILLO, debe ser relativa a su capacidad profesional (pertinente), que sea útil para la comprobación de esa capacidad (adecuada) y que no implique abusos o intromisiones en la esfera privada del candidato (proporcional o no excesiva)²⁶⁵. Por ello, según GOÑI SEIN son ilegítimas las intrusiones en la esfera personal y familiar del trabajador carentes de relación directa o incluso mediata con el trabajo²⁶⁶ pues, como sostiene BAYLOS GRAU “deben entenderse ilícitas aquellas prácticas empresariales que irrumpen en la vida privada del trabajador sin que pretendan una valoración de

²⁶⁴ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., p. 26.

²⁶⁵ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al Contrato de Trabajo...*, cit., p. 282. También, EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para un proceso de selección no discriminatoria*, cit., p. 22.

²⁶⁶ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 49. También, EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para un proceso de selección no discriminatoria*, cit., p. 22.

la aptitud profesional de aquél”²⁶⁷. En este sentido, serán admisibles preguntas en el proceso de selección relacionadas con el puesto de trabajo y la actividad de la empresa, para lo cual los perfiles del puesto de trabajo y del trabajador requeridos en el proceso de selección servirán para analizar e identificar posibles comportamientos discriminatorios de la empresa. Si tales perfiles están bien definidos y justifican determinadas preguntas que haya podido realizar la empresa, se evitará la sospecha de comportamiento discriminatorio en la selección del personal.

No estamos aún en la fase de adaptación del puesto de trabajo a la persona seleccionada y contratada y, en general, a la obligación empresarial de tutela de la prevención de seguridad y salud en el trabajo tanto del empleado como del resto de la organización productiva (clientes, terceros, etc.), momento en el cual la información solicitada al trabajador sobre su discapacidad puede ser otra, cuestión que será estudiada en el capítulo siguiente.

En consecuencia, aplicando estas reglas generales de la información y protección de datos en el proceso de cobertura de una vacante al caso específico de la discapacidad, diferenciaremos entre el supuesto que la empresa haya establecido la oferta de empleo exclusivamente para PCD de cuando no se haya exigido este requisito al realizar el reclutamiento.

En el primer caso, la oferta de empleo es diseñada y reservada para PCD, la empresa ya conoce que todos los candidatos reclutados tienen reconocida esta condición. En principio, la situación para el candidato es mejor pues sólo competirá con otros aspirantes que también sean PCD. Ahora bien, el estigma con la discapacidad mental juega en contra del colectivo protagonista de este estudio y puede hacer que aquel que tenga este tipo de discapacidad no sea finalmente contratado. En su caso, la empresa podría inquirir a la PCD por el tipo de discapacidad que tiene (física, sensorial, intelectual o mental) dado que

²⁶⁷ BAYLOS GRAU, A., “En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pág. 333.

para algunos de ellos, las llamadas discapacidades severas a las que anteriormente ya se hizo referencia, su contratación tiene una mayor bonificación económica y puede ser de interés para la empresa. Y sobre todo, la empresa se debe ceñir en escrudinar sobre qué limitaciones concretas puede acarrear su discapacidad en la realización del puesto de trabajo concreto y qué necesidades de apoyo y de ajustes razonables puede necesitar²⁶⁸. Ahora bien, no será de recibo indagar por el concreto diagnóstico médico porque puede ser susceptible de interpretación estereotipada y discriminatoria²⁶⁹. Esta información no aporta nada para que la empresa pueda conocer si la PCD en general y discapacidad mental en particular, tiene la capacidad necesaria para llevar a cabo con garantías las principales funciones de su concreto puesto de trabajo. Tampoco se podría examinar la medicación que toma la PCDM, cuestión frecuente en la práctica en las entrevistas de trabajo a este colectivo, aunque sí es lógico interesarse por cierta información general sobre si el candidato sigue un tratamiento médico, psicológico, farmacológico y social y los tiempos del mismo, pues puede tener influencia en alguna medida sobre la teórica productividad del solicitante y dar también confianza a la empresa sobre el control de la patología por parte de la PCDM. No obstante, siendo ello posible, entendemos que la mejor práctica empresarial sería aquella que previamente a preguntar por esta última información relativa al tratamiento médico debería informar al candidato sobre el carácter voluntario de la

²⁶⁸ OIT, *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación...*, cit., p. 32, donde se establece que la persona con discapacidad puede solicitar una adaptación razonable tras demostrar que, por lo demás, está cualificado para el trabajo y que con esta adaptación puede desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo concreto.

²⁶⁹ En el mismo sentido, EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para un proceso de selección no discriminatoria*, cit., p. 22: “Las entrevistas evitarán siempre las cuestiones no relacionadas con el desempeño del puesto. No sólo las de creencias e ideología, sino también las de estado civil, situación familiar, orientación sexual...que pudieran ser susceptibles de interpretación estereotipada y discriminatoria”.

respuesta ex art. 7 LOPD y que si elige no responder, no tenga como consecuencia el descarte inmediato del aspirante del proceso de selección²⁷⁰.

Si el empresario se excediera de estas consideraciones y preguntara por el diagnóstico médico, la medicación o en general por alguna información indebida relacionada con la discapacidad mental del candidato (número de ingresos hospitalarios, cuándo fue el último de ellos, tiempo de baja médica por incapacidad temporal en el último año, si tiene ideas autolíticas o alucinaciones de algún tipo, etc.)²⁷¹, se estaría incurriendo en una falta muy grave recogida en el artículo 16.2 LISOS al “Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de (...) discapacidad (...)”. Tal comportamiento podrá ser sancionado con multa de cuantía variable entre 6.251€ y 187.515€ [art. 40 1.c) LISOS]. A pesar de esta normativa sancionadora, desde nuestro punto de vista, la cuestión sobre el tratamiento de la discapacidad en el proceso de selección adolece de una normativa clara. Esta sería una de las cuestiones a regular dentro del “Estatuto Jurídico del demandante de empleo” que postulamos al inicio de este capítulo²⁷².

²⁷⁰ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, cit., pp. 41-42, quien afirma que las posibles intromisiones ilegítimas del empresario en fase de acceso al puesto de trabajo provocan que el trabajador no tenga obligación de contestar e incluso sobre las que podría llegar a mentir. También, TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 96.

²⁷¹ Cuestiones que han sido preguntadas en entrevistas personales a PCDM en proceso de recuperación para el empleo atendidas en Centros de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid.

²⁷² Podría basarse en alguna medida en la Guía elaborada en 2010 por la Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos en las relaciones laborales*, accesible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales2.pdf. En esta guía se desgana el tratamiento de los datos de carácter personal por el departamento de Recursos Humanos de las empresas tanto en el proceso de selección como durante la relación laboral, o en la relación con los representantes de los trabajadores o en lo relativo a la prevención de riesgos laborales. Se hace especial mención a los datos especialmente protegidos (como sería una enfermedad mental grave) y se postula por la existencia de sistemas internos de denuncia.

Por su parte, para el caso que la oferta de empleo no haya sido prevista específicamente para PCD, lo cierto es que en este caso será potestativo por parte del candidato indicar si tiene o no reconocimiento legal de la discapacidad. Si lo pone en su Currículum Vitae y éste es preseleccionado para realizar la fase de las entrevistas personales, la situación no difiere en exceso del caso recién estudiado en párrafos anteriores. Para el supuesto de que la PCDM no haya indicado nada en su Currículum, la situación es perfectamente posible pues la discapacidad no deja de ser una de las múltiples condiciones que tiene la persona. Ciertamente tiene relevancia a la hora del empleo pero como también podría tenerla, y de hecho la tiene, ser progenitor de niños pequeños, o tener padres ancianos que conviven con el candidato, encontrarse embarazada, tener el SIDA o la condición de seropositivo y nadie exige declarar estas circunstancias en el Currículum Vitae. Sólo si la PCDM requiere algún ajuste razonable para llevar a cabo con garantías las funciones esenciales del puesto de trabajo que se trate por el principio de buena fe entendemos que sería lógico y conveniente comentar tal cuestión en la entrevista personal.

Resta estudiar qué consecuencias jurídicas tendrá para la empresa una vulneración del principio de no discriminación en el acceso al empleo que pudiera alegar una PCDM en esta fase del proceso de cobertura de la vacante. Sería el caso de una PCDM que tras realizar la entrevista personal en la que se haya entrado a valorar su discapacidad sea descartada del proceso de selección y ella alegue que la causa es por padecer dicha discapacidad mental. Lo cierto es que este caso no difiere del estudiado con anterioridad cuando nos referimos al momento del diseño de la oferta de empleo pues aún siguen siendo simples expectativas jurídicas las que detenta el candidato y, por ello, podría repetirse lo dicho en ese momento. Si se quiere, dado que en la fase de las entrevistas personales suelen haber menos candidatos, será algo más sencilla el principio de prueba de la existencia de una discriminación que debe mostrar el candidato que alegue tal trato peyorativo.

B. Las prácticas no laborales o prelaborales

El segundo tema previo a la existencia del contrato de trabajo que merece ser estudiado se refiere a las prácticas no laborales o prelaborales. Tal como se examinó en el capítulo primero de este trabajo, el hándicap más importante para la inserción laboral de las PCDM tiene que ver con las habilidades de relación social en el ambiente laboral de las personas con trastorno mental y, más concretamente, con la seguridad en sí mismos de estos trabajadores para desempeñar el rol social que conlleva el ambiente productivo. Todo trabajo, además de saber desempeñar un oficio, una profesión o, más técnicamente, las funciones propias de su grupo profesional previstas en el sistema de clasificación profesional de la empresa exige desenvolverse en las relaciones sociales que se dan en toda organización empresarial con compañeros, supervisores, responsables, directores, auditores, clientes, etc. Esto es, a las aptitudes laborales propias del oficio hay que sumar los hábitos y habilidades de relación social básicos que se dan en todo puesto de trabajo. Las primeras, las aptitudes propias de la profesión, se aprenden en los programas formativos oficiales y cursos de formación y cualificación profesional existentes en la actualidad. Los segundos, los hábitos y habilidades de relación social suelen adquirirse espontáneamente en el desarrollo evolutivo de las personas. Ahora bien, para las PCDM son uno de sus principales déficits y, por tanto, se convierte en uno de sus más importantes escollos a la hora de desempeñar con garantías un puesto de trabajo. De ahí que deba trabajarse específicamente para que puedan adquirirse (o recuperarse en el mejor de los casos) en un grado mínimo satisfactorio que le permita su inserción sociolaboral. Por consiguiente, esta cuestión se convierte en uno de los principales apoyos que pueden necesitar las PCDM para su incorporación laboral. Asimismo, debe quedar claro que el aprendizaje o consolidación de las habilidades de relación en el ambiente laboral repercutirán con toda seguridad en un mejor desempeño laboral y, viceversa, si la PCDM realiza funciones que domina con solvencia, tendrá la

suficiente seguridad en sí mismo para superar las dificultades de relación social que se pueda encontrar en su puesto de trabajo. De ahí que en muchas ocasiones se busquen poder practicarlas en una profesión que le es familiar a la PCDM.

1. La necesidad de las prácticas no laborales para la inserción laboral de las PCDM

Para conseguir mejorar en esta faceta de interacción social en el ámbito laboral lo cierto es que debe hacerse en el propio puesto de trabajo. A este respecto, valdría la frase “a relacionarse en el trabajo se aprende trabajando”. Por ello, se plantean como un medio indispensable para la inserción laboral de las PCDM las prácticas no laborales (en adelante, PNL), también denominadas prelaborales por ser previas a una relación jurídico-laboral entre la empresa y el trabajador con discapacidad mental. En dichas prácticas, la PCDM más que instruirse en un oficio, va a mejorar en sus capacidades de relación social, tan esencial en un mundo económico tan dinámico como el actual. Evidentemente, dichas prácticas también servirán para mejorar en su desempeño laboral en el concreto puesto de trabajo y, de hecho, pueden pensarse además con este otro propósito, pero la realidad es que la PCDM suele ya tener un conocimiento suficiente del concreto puesto de trabajo y por ello su finalidad fundamental y razón de ser de estas PNL es el perfeccionamiento de las habilidades de interacción con compañeros, clientes y supervisores. Se va a practicar la destreza de saber actuar en diferentes situaciones de trabajo en equipo, de atención al público, de trato con el cliente, de reuniones de empresa, etc. En la medida que estas situaciones puedan ser diferentes e incluso que puedan incorporar un cierto grado de complejidad o dificultad, mayor será el entrenamiento y más preparado saldrá para su futura inserción laboral.

Podría pensarse que estas capacidades de interacción social en el ámbito laboral se entrenan o adquieren en la fase práctica de las diferentes formaciones existentes en la actualidad; bien de la formación profesional, bien de las formaciones para el empleo, bien de cualificaciones profesionales o de la formación universitaria. Y no falta razón. Si en dicha fase se puede conseguir para todas las PCDM no haría falta realizar PNL. Pero puede ocurrir que tales etapas formativas ya hayan sido superadas y la PCDM siga demostrando carencias en este aspecto. Supera la formación pero su nivel de desempeño laboral en la realidad no es suficiente para conseguir una inserción laboral o para mantenerla en el tiempo. Es posible que la PCDM precise realizar unas PNL en las que pueda contar con un acompañamiento social por un técnico de empleo o preparador laboral para expresar algunas circunstancias de interacción social que no sabe gestionar debidamente y de esta manera, poder adquirir durante estas PNL las competencias para saberse desenvolver en el futuro puesto de trabajo. En fin, puede ocurrir también que las PNL le ofrezcan la posibilidad de conseguir la seguridad, confianza en sí mismo y autoestima que la PCDM precisa para superar exitosamente futuros procesos de selección y próximas incorporaciones laborales.

Además de todo lo anterior, las PNL para PCDM pueden tener un efecto de mitigar el estigma existente con el colectivo. Poder demostrar durante un cierto tiempo la capacidad de trabajo y su buen desempeño laboral, se convierte en la mejor manera -a veces la única-, para poder ser seleccionado en una empresa. Podría pensarse que para eso está la fase del período de prueba que todo contrato de trabajo tiene, pero lo cierto es que sin estas PNL en las que se trabaja pero sin todas las consecuencias jurídico-laborales previstas en nuestro ordenamiento jurídico, en muchas ocasiones no se llegaría nunca a una inserción laboral²⁷³.

²⁷³ “Una experiencia previa de éxito –en cuanto a la contratación y el rendimiento posterior– de un trabajador con discapacidad incrementa la satisfacción del empleador y aumenta la probabilidad de que vuelva a emplear personas con discapacidad en el futuro”, ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., “Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y

Por todos estos motivos, no se debe cerrar los ojos a esta realidad y negar la importancia del apoyo que para el colectivo de PCDM supone esta posibilidad de las PNL. La OIT es proclive a esta institución y anima a los empleadores a realizar esta experiencia práctica en sus instalaciones “y así permitir que obtengan las competencias, conocimientos y disposición al trabajo indispensables para el desempeño de las tareas específicas de cada puesto. Dicha experiencia práctica puede contribuir a que las competencias profesionales de la persona en busca de trabajo se adapten mejor a los requisitos del empleador”²⁷⁴.

Ahora bien, debe ser una institución regulada correctamente, evitando los abusos y las situaciones de desprotección, esto es, que se utilice esta institución para trabajadores que no precisan de estos apoyos para su inclusión laboral, pudiendo el empresario beneficiarse de mano de obra sin el pertinente contrato de trabajo. No obstante, en la actualidad estas concretas PNL, con las características tan específicas que proponemos para PCDM, no se encuentran recogidas de ningún modo en nuestro Derecho. Analicemos la regulación existente sobre las PNL y veamos en qué medida sirve para regular las prácticas prelaborales que planteamos como uno de los principales apoyos para la inserción laboral de las PCDM.

principios de actuación en salud ocupacional”, Revista Medicina y Seguridad del Trabajo (Internet), nº57, Suplemento 1, 2011, pp. 206-223, el entrecomillado en p. 213.

²⁷⁴ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., pp. 29-30. En este documento la OIT habla que las prácticas podrían canalizarse bien en una formación profesional, bien en un trabajo a prueba o empleos con apoyo e indica literalmente: “En algunos casos, esto puede dar lugar a la contratación, pero aunque no sea así, el trabajo a prueba y los empleos con apoyo proporcionan a las personas con discapacidad en busca de trabajo una valiosa experiencia laboral que aumenta su empleabilidad ulterior” (el subrayado es nuestro).

2. La regulación actual de las prácticas no laborales

Las PNL o prácticas prelaborales son un tipo de “trabajo formativo” tal como ha sido denominado por la mejor doctrina en este aspecto²⁷⁵. En efecto, existen muchas situaciones en las que se da una actividad productiva o trabajo, “que induce intrínseca o inherentemente un efecto de aprendizaje” tal como ha sido definido por FERNÁNDEZ MÁRQUEZ. Esto es, para que exista trabajo formativo deben concurrir dos premisas. De un lado, es preciso que tenga lugar el desempeño de una actividad de producción de bienes o servicios en el mercado. Y, por otro, se exige que “el resultado del aprendizaje sea consecuencia directa y exclusiva del acto de trabajar, y no fruto de operaciones distintas, por más que las mismas aparezcan dadas en conexión con la realización de las tareas productivas” como puede ser, por ejemplo y específicamente, la formación teórica aunque ésta esté muy relacionada directamente con la práctica²⁷⁶.

Tal como explica el propio FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, existen diversos tipos de trabajos formativos y pueden tener lugar en diferentes marcos jurídicos bien sea de una relación laboral por cuenta ajena, bien de un intercambio de servicios, de una beca, de un ciclo formativo-académico (reglado o no) o de una relación de protección social (particularmente por desempleo)²⁷⁷. Ahora bien, para el supuesto que nos ocupa, las PNL para PCDM, las dos figuras jurídicas que más nos interesan son las becas y las PNL en empresas -diferenciándolas en la medida de lo posible de los contratos laborales formativos-, aunque también

²⁷⁵ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó., “Trabajo formativo”, en AA.VV., GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El Trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, Gobierno del Principado de Asturias y Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 375-445.

²⁷⁶ *Ibídem*, pp. 397-398.

²⁷⁷ *Ibídem*, pp. 399-402.

puede ser de utilidad algún aspecto de la figura de trabajo formativo dentro de la relación de protección social por desempleo.

Centrándonos en las becas y prácticas no laborales, son también varias las clases existentes según vayan dirigidas, como indica DUQUE GONZÁLEZ, a sufragar o compensar gastos por estudios, sean específicas del ámbito de la investigación, del sanitario o sean becas o PNL multisectoriales o interprofesionales en empresas²⁷⁸. Por lo que respecta a estas últimas que son las que nos interesan, lo cierto es que no han sido reguladas hasta fechas muy recientes²⁷⁹. En concreto, su régimen jurídico se establece por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre²⁸⁰, fijando como objeto de regulación las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales que formalicen, tal como se indica en su artículo primero, convenios entre la empresa y los Servicios Públicos de Empleo, dirigidas a personas jóvenes que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad. Ahora bien, no se regulan todas las posibles PNL en empresas sino sólo aquellas que afectan según el art. 3.1 de dicho RD “a personas jóvenes desempleadas inscritas en la oficina de empleo, con edades comprendidas entre 18 y 25 años inclusive, que posean una titulación oficial universitaria, titulación de formación profesional, de grado medio o superior, o titulación del mismo nivel que el de esta última, correspondiente a las enseñanzas de formación profesional, artísticas o deportivas, o bien un certificado de profesionalidad”. Y, además, que “no deberán haber tenido una relación laboral u otro tipo de experiencia profesional superior a tres meses en la misma actividad, no teniéndose en cuenta a estos efectos las prácticas que formen parte de los currículos para la obtención de las

²⁷⁸ Tal es el esquema seguido en su completa monografía DUQUE GONZÁLEZ, M., *Becas y becarios. Camino de su regulación laboral*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

²⁷⁹ Sobre el devenir histórico de la regulación de las prácticas no laborales y las becas, vid. DUQUE GONZÁLEZ, M., *Becas y becarios. Camino de su regulación laboral*, cit., especialmente pp. 209 y ss. Para el concreto ámbito de la investigación, vid. por su parte, CRISTÓBAL RONCERO, R., *Estatuto jurídico del personal investigador en formación*, Editorial Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

²⁸⁰ Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales, BOE de 18 de noviembre.

titulaciones o certificados correspondientes”. Por consiguiente, se trata de un programa dirigido a jóvenes con titulación, siquiera sea ésta un certificado de profesionalidad, que ya hayan finalizado sus estudios o su formación profesional y que no posean experiencia de trabajo, excluyéndose de dicha experiencia expresamente las prácticas académicas externas, curriculares y extracurriculares.

Tal como se establece en el artículo tercero de la norma estudiada, las prácticas se desarrollarán en centros de trabajo de la empresa o del grupo empresarial, bajo la dirección y supervisión de un tutor y tendrán una duración entre tres y nueve meses. Asimismo, se indica que deberá suscribir un acuerdo entre la empresa y la persona joven en el que se definirán, “al menos, el contenido concreto de la práctica a desarrollar, la duración de la misma, las jornadas y horarios para su realización, el centro o centros donde se realizará, la determinación del sistema de tutorías y la certificación a la que la persona joven tendrá derecho por la realización de las prácticas”. En relación a este último punto, se indica también (apartado segundo del citado artículo 3) que “A la finalización de las prácticas no laborales, las empresas, en colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, deberán entregar a las personas que hayan realizado las mismas un certificado en el que conste, al menos, la práctica realizada, los contenidos formativos inherentes a la misma, su duración y el periodo de realización”.

En contraprestación por la realización del trabajo, “las personas jóvenes participantes recibirán de la empresa o grupos empresariales en que desarrollan las prácticas una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80 por ciento del IPREM mensual vigente en cada momento”. Al recibir una beca el joven que realiza las prácticas puede ser denominado con rigor como becario.

Por lo que respecta al ámbito de la protección social, el RD opta por aplicar a los participantes en las PNL el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, (BOE del 27) por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en

programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social²⁸¹. Por tanto, desde el inicio de las prácticas el becario estará dado de alta en la Seguridad Social por la entidad que haga efectiva la beca, aunque si los días de prácticas se concentran en períodos de tiempo determinados, separados de los lectivos, el alta y la baja se realizarán exclusivamente durante dichos períodos de prácticas. Se cotiza conforme al contrato para la formación y el aprendizaje excluido el desempleo, FOGASA y la Formación Profesional y se tiene derecho a toda la acción protectora del Sistema, salvo la contingencia del desempleo.

Se exige en el artículo cuarto de esta norma a las empresas que vayan a desarrollar las prácticas no laborales las obligaciones siguientes:

- 1) Que previamente a la suscripción del acuerdo con las personas beneficiarias de las mismas deben celebrar un convenio con el Servicio Público de Empleo competente en razón del ámbito territorial del centro de trabajo donde se desarrollarán aquellas²⁸².

En dicho convenio se incluirá, “entre otros contenidos, una mención al proceso de preselección de las personas jóvenes candidatas por los Servicios Públicos de Empleo. En todo caso, el proceso de selección final de las personas que van a participar en el programa de prácticas no laborales corresponderá a la empresa”.

²⁸¹ Para DUQUE GONZÁLEZ, M., *Becas y becarios...*, cit., pp. 223-224, sería más lógico que se incardinasen en la disposición adicional 41ª dado que ésta está prevista para las estancias prácticas en una empresa con base en una determinada titulación. Por ello, estima que la aplicación del RD 1493/2011 “puede generar bastante confusión”.

²⁸² Para el supuesto que el desarrollo de las prácticas no laborales se realice en empresas con centros de trabajo ubicados en más de una Comunidad Autónoma, se establece que “el convenio se suscribirá con el Servicio Público de Empleo Estatal”. No obstante, “la preselección de personas jóvenes para la realización de estas prácticas, así como el control y seguimiento de las mismas corresponderá a los Servicios Públicos de Empleo competentes en razón de la ubicación de los centros de trabajo”.

- 2) La empresa presentará a los Servicios Públicos de Empleo un programa de prácticas no laborales donde constará, al menos, el contenido de las prácticas y la formación que le acompañará, la duración de las mismas, así como la indicación de sistemas de evaluación y tutorías.
- 3) La empresa debe informar tanto a la representación legal de los trabajadores sobre los acuerdos de prácticas no laborales suscritos con las personas jóvenes, como a los Servicios Públicos de Empleo competentes de los acuerdos suscritos sobre prácticas no laborales.

Por su parte, se regula una labor de control y seguimiento de las PNL por parte de los Servicios Públicos de Empleo, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos y de los objetivos de estas estancias en empresas y, especialmente, su contribución a la mejora de la empleabilidad del joven becario. Esta cuestión debe contemplarse de forma expresa en el convenio suscrito entre la empresa y el Servicio Público de Empleo.

En fin, por lo que respecta a la posible contratación de las personas jóvenes que realizan prácticas no laborales, la norma estudiada (art. 5) es poco ambiciosa y se limita a indicar:

1) Que “podrán ser contratadas a la finalización, o durante el desarrollo de las mismas, bajo cualquier modalidad de contratación, de acuerdo con la normativa laboral vigente en ese momento, o en su caso, podrán incorporarse como persona socia si las prácticas fueron realizadas en cooperativas o sociedades laborales”.

2) Que se podrá contemplar en el convenio de colaboración que suscriban las empresas con los Servicios Públicos de Empleo competentes, “un apartado específico relativo al compromiso de contratación (...) pudiendo dar lugar a una subvención que compense gastos derivados de las acciones de tutoría y evaluación”.

3) Que los contratos de trabajo celebrados con las personas jóvenes que se suscriban tras la participación de éstas en el programa de

prácticas no laborales, se podrán acoger a los incentivos que en materia de contratación existan en la legislación vigente en el momento de la contratación, de acuerdo, en todo caso, con la normativa que resulte de aplicación.

4) Y termina abriendo la simple posibilidad para que en el marco de la negociación colectiva se puedan establecer criterios para la realización de compromisos de contratación a la finalización de las prácticas correspondientes (apartado sexto del artículo tercero).

3. Propuesta de regulación específica de las PNL para PCDM

La norma estudiada supuso un paso muy importante para la regulación de una realidad huérfana en el ámbito laboral de reglas jurídicas claras. Entendemos que es fruto también de una determinada época de crisis económica, tal como viene reflejado expresamente en su Exposición de Motivos pues en otro momento histórico no se entendería como un avance social que se promoviese que los jóvenes no fuesen contratados laboralmente sino que simplemente pudiesen realizar meras estancias prácticas en empresas, con una exigua beca como contraprestación de sus servicios²⁸³.

Ahora bien como antes ya indicamos, esta norma no regula todas las posibles PNL que se puedan realizar en empresas sino únicamente las llevadas a cabo por jóvenes (18-25 años) con titulación o cualificación y sin experiencia. Puede haber otras prácticas prelaborales, por lo menos las que nosotros propugnamos para la inserción laboral de las PCDM, que no han sido recogidas en el RD 1453/2011.

²⁸³ En este sentido crítico con la norma estudiada, vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Prácticas no laborales en empresas (Análisis crítico del RD 1543/2011, de 31 de octubre)”, *Revista Actualidad Laboral*, número 6, Tomo I, marzo 2012.

Una primera consideración jurídica sería reflexionar sobre si es posible realizar otro tipo de PNL de las específicamente reguladas por la norma estudiada. Nuestra opinión es proclive a esta idea pues consideramos que el RD 1543/2011 ha querido regular las PNL de jóvenes con titulación o cualificación y sin experiencia pero no ha proscrito la posibilidad de realizar otras posibles estancias en empresas que se regirán, como hasta ahora ha ocurrido con las prácticas que ahora ya sí han sido objeto de regulación por el ordenamiento laboral, por la autonomía de la voluntad y los denominados contratos civiles de beca en el que, como explica DUQUE GONZÁLEZ, se han fusionado dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de formación y, por otro, un contrato de donación. Por virtud del contrato de beca “una persona física o jurídica, denominada convocante, se obliga a formar a otra, denominada becario, abonándole, además, una cantidad económica para sufragar sus gastos (beca) y ésta se obliga a realizar o a recibir la actividad formativa y a acatar el programa de formación”²⁸⁴.

No obstante, la existencia del RD 1543/2011 lleva aparejada que cuando las PNL las realicen jóvenes entre 18 y 25 años, con titulación o cualificación y sin experiencia laboral (como máximo tres meses excluyéndose las prácticas curriculares o extracurriculares propias de su formación), tales prácticas deberán regirse por esta norma laboral que ha promovido un cierto nivel de protección social al incluirles dentro del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social e instaurar un mínimo de cuantía de la beca a recibir por el becario.

Para las PCDM entendemos que se debería regular unas PNL como un medio de apoyo para su inserción laboral de los previstos en los artículos 17.5 y 7 de la LGD. El artículo 17 de la LGD tiene como título “Apoyo para la actividad profesional” y su apartado séptimo y último literalmente indica: “Los procesos de apoyo para la actividad profesional a que se refiere este artículo

²⁸⁴ DUQUE GONZÁLEZ, M., *Becas y becarios...*, cit., pp. 47-48.

podrán ser complementados, en su caso, con otras medidas adicionales que faciliten al beneficiario el logro del máximo nivel de desarrollo personal y favorezcan su plena inclusión y participación en la vida social”. El apartado sexto se refiere a las prácticas en empresas dentro de un proceso de formación por lo que establece que deberá firmarse un contrato para la formación y el aprendizaje de los regulados en el artículo 11 ET y sus normas de desarrollo. Por su parte, en el apartado quinto se recoge expresamente “la adquisición de experiencia laboral en el mercado de trabajo” como un objetivo de la formación, readaptación o recualificación profesional, alineado con el “itinerario personal y la orientación profesional prestada con anterioridad, conforme a la decisión tomada por la persona con discapacidad”.

Tal regulación dotaría de seguridad jurídica y animaría a muchas empresas a realizarlas lo que ayudaría a mitigar el estigma social existente para con este colectivo de PCD. Por este motivo, entendemos que llevar a cabo este tipo de estancias prácticas en la empresa es, sin lugar a dudas, un claro ejemplo de la mejor Responsabilidad Social de la organización empresarial o entidad que las preconiza para realizar en sus instalaciones²⁸⁵. Para la regulación de este tipo de PNL entendemos que bastaría con ampliar el ámbito de aplicación del RD 1543/2011 al supuesto de las PCDM que se encuentren en un itinerario de inserción laboral pues en líneas generales entendemos que su régimen jurídico es adecuado para este supuesto con las siguientes salvedades:

Por un lado, el convenio que debe celebrar la empresa con el Servicio Público de Empleo, nosotros postulamos para el caso de PCDM que se debería ampliar a que pueda celebrarse exactamente igual con los Centros de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma y, en general, a cualquier centro de Atención Social del colectivo, específicamente

²⁸⁵ Sobre el concepto y virtualidad de la Responsabilidad Social, vid. la magnífica monografía AA.VV., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, A. (Coord.), *La Responsabilidad Social de las Organizaciones*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2013. Vid. también el interesante documento de FUNDACIÓN PERSONAS Y EMPRESAS, *Libro Blanco Fórmulas Socialmente Responsables de Empleo*, editado por la propia Fundación con la subvención del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011. Puede descargarse una versión en pdf del documento en la página Web www.fundacionpersonasyempresas.org

con los Centros de Rehabilitación Psicosocial. En dichos centros es donde se estaría trabajando el itinerario de inserción laboral de la PCDM y estas prácticas prelaborales serían, en la línea de lo indicado en el art. 17.5 LGD, un eslabón más en dicho camino para conseguir su recuperación laboral. Estos centros se encargan, previamente a la celebración del convenio de prácticas con la empresa, de consensuar con la PCDM la necesidad de realizar unas PNL, el motivo para realizarlas (qué se pretende conseguir con las mismas), el puesto de trabajo a desempeñar y sus condiciones idóneas (horario, lugar de realización, transporte, tiempo de duración, etc.). Como corolario de la firma del convenio de colaboración, el Centro de Atención Social de la PCDM será el encargado de llevar a cabo el seguimiento de las PNL tanto para verificar que cumplen con su objetivo como para salvaguardar posibles problemas que pueda haber en la realización de las prácticas. Por tanto, a la PCDM no le es exigible que tenga una titulación o cualificación y carezca de experiencia profesional, sino que estas PNL estarían previstas para toda PCDM que se encuentre en un itinerario de inserción laboral ya que, como vimos en apartados anteriores, la finalidad de este tipo de prácticas prelaborales no es tanto instruirse en una profesión como aprender o poner en práctica las relaciones sociales en un empleo y, de esta manera, procurar la seguridad personal necesaria para afrontar con garantías una futura relación jurídico-laboral.

Por otro, y en coherencia con esta finalidad de las PNL que acabamos de indicar, entendemos que la duración de este tipo de PNL no podría estar entre 3 y 9 meses sino que tendría que ser de un mínimo de 2 y un máximo de 3 meses con una única prórroga de hasta 3 meses más, cuando los objetivos pretendidos no se hayan alcanzado. Se debería exigir un cierto formalismo en el que quedasen reflejados los motivos que mueven a la firma de la prórroga y anudar de alguna manera el tiempo de prórroga con la consecución de los mismos.

Asimismo, consideramos que debería limitarse la concatenación de PNL entre sucesivos becarios para evitar que la empresa pudiera sustituir la

contratación de una persona con la realización permanente de este tipo de PNL. Ello bien podría realizarse limitando como máximo a un número de dos becarios al año, o bien estableciendo una cadencia de estas PNL como existe en las estancias prácticas de las formaciones oficiales (universidad o formación profesional) que siempre son en una determinada época y tiempo del año lo que proscibiría realizar este tipo de PNL fuera de las fechas previstas para ello. Entre ambas posibilidades, entendemos la primera como solución más idónea por ser más flexible y poderse adaptar mejor a las necesidades tanto de la empresa como del candidato con trastorno mental.

Este tipo de PNL es posible que puedan tener lugar en el contexto del sistema de protección por desempleo. Como se sabe, dentro de los instrumentos de las políticas activas de empleo que existen para combatir esta contingencia, se encontrarían indudablemente las medidas de formación profesional y, entre ellas, específicamente aquellas que tienden a la realización de actividad productiva con orientación formativa (art. 25.1 letras b y c de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo)²⁸⁶. Pues bien, puede ocurrir que la realización de las PNL pueda condicionar el disfrute tanto de la prestación o subsidio por desempleo como la Renta Activa de Inserción²⁸⁷. En efecto, la formación profesional no sólo constituye una de las vertientes de la acción protectora del desempleo sino como dispone el artículo 206.2 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) también opera como requisito indispensable para el disfrute de las prestaciones por desempleo. Así lo establecen explícitamente los artículos 215.1.1 (privación del derecho al subsidio de desempleo por negativa a participar en “acciones de promoción, formación o reconversión profesional”), 231.1.c) (obligación de nuevo, de participar en “acciones de promoción, formación o reconversión profesionales” que determinen los servicios de empleo competentes) y 231.1.i) (obligación de participar en “acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio Público de Empleo, en su

²⁸⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó, “Trabajo formativo”, cit. p. 440.

²⁸⁷ Vid. Ídem, pp. 440-443.

caso, dentro de un itinerario de inserción”). También puede derivarse, sin duda, implícitamente de los preceptos que regulan el compromiso de actividad (artículos 207.c), 208.2.2, 209, 231.1.h) y 231.2 LGSS).

En el ámbito de las Rentas Activas de Inserción (RAI), la obligación de realizar PNL vendría de la mano del art. 3.3 b) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre que regula el programa estatal de la RAI, el cual establece la obligación de los beneficiarios de la RAI de “participar en los programas de empleo o en las acciones de inserción, orientación, promoción, formación o renovación profesionales, o en aquellas otras de mejora de la ocupabilidad” entre las que se pueden encontrar claramente las PNL que estarían dentro del concepto de las posibles “acciones de inserción laboral” del artículo 7 del citado RD que regula la RAI, siendo uno de sus fines “proporcionar la adquisición de práctica profesional adecuada” (art. 7.c).

Antes de terminar con este apartado nos parece adecuado indicar que estas PNL son el complemento perfecto para las PCDM tanto de las prácticas formativas propiamente hablando que se dan dentro de un itinerario formativo -universitario, de formación profesional, o de un título de cualificación profesional-, como de los contratos laborales formativos (contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje)²⁸⁸. Y ello porque la finalidad principal que persiguen estas PNL como antes se dijo no es aprender un oficio o practicarlo, sino adquirir o consolidar sus habilidades de relación social en el entorno productivo y posibilitar que la PCDM gane en seguridad y confianza en sí mismo. La PCDM se encuentra en las últimas fases de su proceso de recuperación laboral pasadas las cuales ya será un candidato idóneo para la firma de una auténtica relación jurídico-laboral, pudiendo ser ésta bajo la fórmula de un contrato laboral formativo (en prácticas o para la formación), si cumple con los requisitos para ello. Y que en esta última fase previa al contrato de trabajo ya pueda tener la cobertura de la Seguridad Social es un avance en absoluto baladí.

²⁸⁸ Regulados en el artículo 11 ET y sus normas de desarrollo.

CAPÍTULO IV. RELACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO

En el presente capítulo estudiaremos cómo han de adaptarse tanto la regulación jurídica de la relación laboral de las PCDM como su propio puesto de trabajo para conseguir la inserción laboral de este colectivo pues, como indica GARRIDO PÉREZ “como punto de partida clave, el efectuar una correcta adecuación entre el trabajador con discapacidad y el puesto de trabajo a desarrollar (...) constituye la premisa ineludible a partir de la cual poder garantizar al menos la igualdad de condiciones prestacionales en relación con el resto de trabajadores de la empresa” ²⁸⁹. Siguiendo con la metodología temporal elegida para este trabajo, tras abordar en el capítulo precedente los estadios previos al Contrato de Trabajo nos encontramos ahora en el momento en el que éste ya se ha celebrado, si bien nos centraremos en la fase inicial de la relación laboral dado que pasado un determinado momento, cual es normalmente la superación del período de prueba, la incorporación laboral del trabajador con discapacidad mental puede considerarse un hecho. En este sentido, nos detendremos en analizar fundamentalmente la vigilancia de la salud y la adaptación psicosocial del puesto de trabajo y, en esta última, revisaremos varios aspectos de la relación jurídico-laboral (el período de prueba, el tiempo de trabajo, la formación, etc.) pero no todos. En consecuencia, no se abarcarán expresamente todas las materias de la regulación del contrato ordinario de trabajo (derechos y deberes, modalidades de contrato, contenido

²⁸⁹ GARRIDO PÉREZ, E., “Prohibición de discriminación y la razonable adaptación de los puestos de trabajo”, en AA.VV., *Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Editorial CARL, Sevilla, 2008, p. 270.

del contrato de trabajo, vicisitudes y extinción de la relación laboral²⁹⁰ y faltas y sanciones), sin perjuicio de hacer alusiones a algunos aspectos de ellas al abordar la adaptación del puesto de trabajo. Además, en este capítulo también entraremos a reflexionar brevemente sobre la relación laboral especial en Centros Especiales de Empleo como medio para la inserción laboral de las PCDM y sin hacer un estudio detallado de la misma, abordaremos algunos aspectos importantes para hacer efectivo el derecho al trabajo del colectivo.

La reciente LGD establece en su artículo 37.2 tres tipos de empleo para las PCD, a saber: el empleo ordinario (incluyendo en él el empleo con apoyo, bien en empresas privadas, bien en la administración pública), el protegido (en Centros Especiales de Empleo y en enclaves laborales) y el empleo autónomo. De estos tres tipos de empleo nosotros nos referiremos a dos de ellos y no completos. En concreto, a la relación laboral ordinaria en empresas privadas y al empleo protegido en Centros Especiales de Empleo.

A. La necesidad de empresas sociales (Centros Especiales de Empleo) para la inclusión laboral de las PCDM

La Ley 5/2011 de Economía Social²⁹¹ identifica en su artículo 5.1, en coherencia con lo establecido en el apartado segundo de su Exposición de Motivos, a los Centros Especiales de Empleo (CEE) dentro de las entidades de la economía adjetivada como “social” por cumplir con los principios orientadores de la misma establecidos en el art. 4 de esta norma, a saber: a) primacía de las personas y del fin social sobre el capital; b) aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo

²⁹⁰ De la extinción del contrato de trabajo por despido de trabajadores con discapacidad mental afectados por trastorno bipolar se encargó exhaustivamente VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación laboral)*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

²⁹¹ Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (BOE del 30).

aportado y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; c) promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad y d) independencia respecto a los poderes públicos.

Como se sabe, los CEE dan lugar al denominado “empleo protegido”²⁹² sobre el que, hace años ya, la Recomendación de 9 de abril de 1992 adoptada por el Comité de Ministros en el seno del Consejo de Europa afirmara que: “está abierto a aquellas personas que, por su discapacidad, no sean capaces de conseguir o mantener un puesto de trabajo convencional, asistido o no asistido (...). El trabajo protegido cumplirá un doble objetivo: hacer posible que las personas con discapacidad desarrollen una actividad útil y prepararles, en la medida de lo posible, para desarrollar un trabajo normal. Para ello, se diseñarán todas las vías posibles de canalizar la transición desde el empleo protegido al empleo convencional”²⁹³.

Desde nuestro punto de vista, las PCDM, si no todas sí una importante mayoría pueden precisar la existencia de empresas sociales para lograr su efectiva inclusión laboral. En efecto, no todas las personas que detentan un problema de salud mental grave pueden acceder al mundo empresarial ordinario y el hecho de que existan estas empresas sociales puede ser uno de los mayores apoyos para su inserción laboral. Viéndolo desde otro punto de vista, como el mundo empresarial convencional no es posible por

²⁹² Se denomina de esta manera por los incentivos que perciben los Centros Especiales de Empleo. Es generalizada esta expresión pese a las reticencias del sector. ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad de los Centros Especiales de Empleo”, en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 301.

²⁹³ Recomendación citada en TUSET DEL PINO, P., *La contratación de Trabajadores Minusválidos*, cit., p. 145.

ahora que se adapte a las necesidades de todas las PCD, se ha visto necesario que el Ordenamiento Jurídico permita y habilite desde finales de la década de los 60 y principios del 70 del siglo XX²⁹⁴ la existencia de un ámbito laboral en cierta medida paralelo, por estar muy subvencionado para conseguir estar específicamente preparado para lograr el trabajo de estos trabajadores a través de un elevado nivel de soporte técnico y social.

Pese a que la estructura y organización de los CEE debe ajustarse lo máximo posible a las características de una empresa ordinaria²⁹⁵, detentan unas características por la especial función que cumplen que justifica la existencia, como se sabe, de una relación laboral de carácter especial para los trabajadores con discapacidad contratados por los mismos, regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio. La existencia de esta relación laboral especial, es, sin duda, el mayor exponente de la necesidad de adaptación del régimen jurídico-laboral a las PCD.

No nos vamos a detener en estudiar toda la problemática de esta figura pues excedería de los límites de este trabajo²⁹⁶ pero sí queremos dejar constancia de la relevancia para las PCDM de la existencia de los CEE como baluarte para la inserción laboral del colectivo. Y ello es importante afirmarlo en un momento en el que su mera existencia podría estar en entredicho en alguna medida con los postulados de la Convención de la ONU de los Derechos de las PCD, cuando habla de una participación “plena y efectiva en la sociedad” como principio general de la inclusión social del colectivo [art. 3 c)] y el derecho al

²⁹⁴ El Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, es considerado comúnmente como el antecedente más importante al ser la primera norma que trataba específicamente y de una manera global sobre el trabajo de las PCD. No obstante, tiene como precedente la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1968 sobre Centros de Trabajo Protegidos. Al respecto, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 46.

²⁹⁵ GARCÍA MURCIA, J., “La integración laboral del minusválido: líneas básicas de nuestro ordenamiento”, en *Temas Laborales*, nº 7, 1986, p. 49.

²⁹⁶ Sobre ello, puede consultarse, por todos, AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

trabajo en entornos laborales “abiertos, inclusivos y accesibles”²⁹⁷. Entendemos que los CEE son válidos como apoyo a la inclusión laboral de aquellas PCD que atesoren especiales dificultades de inserción laboral y, por ello, entendemos que no deben hacer uso otras PCD que no cumplan con esta condición, situación que es frecuente en la actualidad. Por consiguiente, se debe reforzar la esencia de esta institución para que sirva para dar oportunidades de trabajo a aquellas PCD que no pueden trabajar en la empresa ordinaria. Si quien trabaja en los CEE son personas que podrían trabajar en el mundo laboral ordinario pero que al no haber opciones de trabajo en éste -fundamentalmente por la coyuntura económica desfavorable-, van a parar al empleo protegido, lo cierto es que provoca que las PCD severas o con serias dificultades de inserción laboral, que son para las que se ha habilitado esta realidad laboral paralela de los CEE²⁹⁸, no consiguen tener de hecho las oportunidades de empleo que necesitarían, opciones que sólo pueden obtener en el empleo protegido. Hay un efecto real de desplazamiento entre las propias PCD en los puestos de trabajo de los CEE: las que podrían trabajar en el entorno ordinario ocupan los puestos de trabajo protegido, pensados para aquellos con más dificultades de inserción laboral (específicamente, todas las PCDM, intelectual, parálisis cerebral) y éstos no alcanzan la pretendida y necesaria integración laboral siquiera sea ésta en un entorno protegido y, por definición, no estrictamente “abierto” y totalmente “inclusivo”.

Por ello, entendemos necesario incidir en la línea recientemente impuesta por la LGD que en su artículo 44.2 establece cómo las subvenciones y apoyos

²⁹⁷ Hay doctrina que no sólo no ven inconveniente en los CEE sino que anclan en la propia CE su misma existencia, LAHERA FORTEZA, J., “Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados”, en AA.VV., *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., p. 94; También, TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 90.

²⁹⁸ En el mismo sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”, en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, cit., p. 62, ya que son las que precisan los programas de ajuste personal y social realizados en los CEE.

económicos a los CEE irán de la mano de sus “condiciones de utilidad pública y de imprescindibilidad y que carezcan de ánimo de lucro”. Entendemos que únicamente atesorarán estas cualidades y, por ello, sólo merecerán apoyo y sostenimiento económico público aquellos CEE cuyos fines estén dirigidos a PCD con especiales dificultades de inserción laboral.

Por consiguiente, si bien es cierto que los CEE son una auténtica medida de apoyo para las PCD severa y específicamente para las PCDM, no lo es menos que precisa de una reordenación normativa para conseguir que efectivamente se conviertan en verdaderas empresas sociales, adaptadas a las personas con serios problemas de empleabilidad y, por tanto, que sólo perciban apoyos económicos cuando proveen empleo específicamente no a cualquier PCD sino sólo a las que están dentro de colectivos con verdaderos problemas de inclusión laboral, entre las que se encuentran a día de hoy todas las PCDM.

Otro de los aspectos de los CEE que quizá pueda repensarse en aras de la efectiva inserción laboral del colectivo protagonista de esta investigación es la necesidad de considerar al empleo protegido siempre como “empleo puente” o poder pensar que pueda ser “la estación de llegada” en el camino laboral de una PCDM. Desde su concepción inicial, los CEE debían ser “empleo puente”. Esto es, servir, en palabras del art. 42.1 LISMI como “medio de integración del mayor número de PCD al régimen de trabajo normal”. Esta finalidad legal era tan rotundamente clara como ausente en la experiencia práctica posterior a la citada Ley de 1982²⁹⁹. Y ello nos debe hacer reflexionar sobre si los CEE deben ser siempre “empleo puente” o si podrían ser en alguna medida “estación de llegada” para ciertas PCD severa o con graves dificultades de inclusión laboral ordinaria.

²⁹⁹ Sobre los planteamientos legales en relación a los Centros Especiales de Empleo y, en concreto, el principio de transición al empleo ordinario, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio”, en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, cit., pp. 28-29.

Parece estar en esta línea el importante cambio en el objetivo política de empleo de las PCD que se ha producido con la aprobación de la reciente LGD. En efecto, en el artículo 37.1 de este cuerpo legal³⁰⁰ se pasa de la inclusión en el mundo del trabajo ordinario (objetivo de la LISMI) al incremento de las tasas de actividad y ocupación del colectivo (LGD).

Además, cambios en el mundo productivo, fundamentalmente logísticos y tecnológicos asociados a la información y las comunicaciones, han llevado a que sea una realidad la “aldea global” de McLuhan³⁰¹. Las empresas ya no compiten sólo con las otras organizaciones de su propio entorno o país sino que existe una verdadera interacción empresarial mundial. Hay mayor competencia empresarial y se consigue realizar el mismo trabajo cada vez con menos personal; se exige cada vez más el conocimiento de una lengua extranjera y ser polivalente. Todo ello conlleva que los colectivos con más dificultades de inserción laboral no estén pudiendo llegar a encontrar un empleo ni mucho menos a tenerlo de forma estable. Y ante esta realidad, puede que muchas PCD y, específicamente, la gran mayoría de las PCDM se encuentren imposibilitadas para una inserción laboral mínimamente satisfactoria³⁰². En esta tesitura,

³⁰⁰ Literalmente indica: “Será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”.

³⁰¹ El término “aldea global”, acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan en sus libros de los años 60 del siglo pasado [*The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962), *Understanding Media* (1964) y *Guerra y Paz en la Aldea Global* (1968)], describe las consecuencias socioculturales de la comunicación, inmediata y mundial de todo tipo de información que posibilitan y estimulan los medios electrónicos de comunicación. Se ha extrapolado su utilización a los efectos de la globalización de la economía que tiene lugar desde finales del siglo XX.

³⁰² AA.VV. “Introducción”, *El neoliberalismo en cuestión*, Cristianisme i Justícia/Sal Terrae, Barcelona/Santander, 1993, p. 15, “Los problemas más graves que aparecen en nuestras sociedades desarrolladas y con elevado grado de bienestar provienen del hecho de que existen un sector de la población cada vez más numeroso que se queda al margen del universo de la mayoría”.

plantearse que el trabajo en los CEE sea verdadera “estación de llegada” no nos parece descabellado. Eso sí, sólo para aquellos trabajadores con discapacidad severa pero debe decirse con total claridad que o cambia mucho el mundo laboral ordinario o habrá un porcentaje importante de PCD (y de otros colectivos con dificultades de inserción laboral) que no alcanzarán una mínima estabilidad que le permita una autonomía vital necesaria y obtener una protección social aparejada al empleo (específicamente, pensión de jubilación)³⁰³.

En concreto, para muchas PCDM la inserción laboral en un CEE que atesore las “condiciones de utilidad pública y de imprescindibilidad y que carezcan de ánimo de lucro” puede ser un objetivo de política de empleo de primera magnitud. Si ello es así, cuestiones como el control de las PCD que trabajan en los CEE para confirmar si tienen verdaderas dificultades de inclusión laboral, o, por otro lado, la tan manida e inexistente transición al empleo ordinario en el ámbito de estas empresas sociales podrían cambiar e incluso podría establecerse un apoyo económico específico para esta cuestión o, en fin, el tiempo que deben mantenerse los incentivos a la creación de empleo, etc. cuestiones todas ellas que exceden del ámbito de esta obra.

³⁰³ Un importante cambio ya esbozado pero que debe consolidarse son las Cláusulas sociales en la Contratación de la Administración Pública, las cuales fomentarán que las empresas sociales consigan ventaja competitiva en los concursos públicos, con el consiguiente efecto de incremento de la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social. Sobre estas cláusulas, vid., entre otros, por su carácter marcadamente didáctico, CUESTA GARCÍA, R., “Cláusulas sociales en la contratación pública: concepto y contextualización”, II Jornadas de Empleo y Discapacidad, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1 de marzo de 2007, ejemplar fotocopiado. También, véase las recientes Directivas comunitarias en materia de contratación, en particular la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004 y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de los principios generales en materia de contratación, a través de las cuales se constata el actual modelo europeo de descentralización productiva, más integrador de las pequeñas y medianas empresas u organizaciones sociales y cómo la contratación pública, por su gran afectación sobre el mercado interior y exterior, regula reglas de aplicación generalizada en los Estados miembros a fin de hacer compatible la libertad de establecimiento y libre mercado con la racionalización del gasto público desde una perspectiva social.

B. Seguridad y salud de los trabajadores con discapacidad mental. Planteamiento general.

Tras la selección de un trabajador, la empresa debe ocuparse de su seguridad y salud, cuestión que se ha calificado por autorizada doctrina como el corazón del Derecho del Trabajo³⁰⁴. Trataremos de desentrañar las singularidades que tal operación puede tener cuando el empleado que se contrata es una PCDM partiendo de la premisa del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo cuando ratifica que las estrategias de prevención de riesgos laborales en puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad “deben tener como objetivo común no sólo proteger la salud, sino también facilitar la integración y preservar la empleabilidad de los trabajadores”³⁰⁵. Se establece, por tanto, en el ámbito de las PCD la conexión directa entre el derecho al trabajo (art. 35 CE) y el derecho subjetivo de crédito inserto en el contrato de trabajo a la seguridad y salud en el trabajo³⁰⁶ [art. 4.2 d) y 19.1 ET y 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)]³⁰⁷, de tal modo que el segundo puede ser un facilitador del primero. En efecto, en la medida que en el diseño de un puesto de trabajo se tengan en cuenta los apoyos que pudieran precisar determinadas personas para que pueda llevarlo a cabo, ésta será sin duda una medida muy efectiva para la

³⁰⁴ SUPIOT, A., “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *Documentación Laboral*, nº 39, 1993, p. 18.

³⁰⁵ Nota Técnica de Prevención 1.004, Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad. publicada en 2014, accesible en: <http://www.insht.es>, p. 1.

³⁰⁶ Sobre el mismo, vid. extensamente, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, CES, Madrid, 1999, pp. 113 y ss. También, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002, pp. 27, 114-115.

³⁰⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, norma que se configura como indican MONTROYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Derecho de la Seguridad y salud en el Trabajo*, 2ª edición, McGrawHill, Madrid, 2002, p. 42, en la “columna vertebral del Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo”.

inclusión laboral de colectivos con dificultades de inserción laboral y, entre ellos y para lo que ahora nos interesa, las PCDM.

El Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 4.2 d) el derecho a la protección de su vida e integridad física (art. 15 CE) que es atendido prioritariamente por las normas de seguridad y salud, reglas que tienen como referente el acervo comunitario y que, además, están provistas también de anclaje constitucional en los art. 40.2 y 43 de nuestra Carta Magna que no sólo exigen a los poderes públicos, como uno de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, el deber de velar por la “seguridad e higiene en el trabajo” sino que, como señala GALIANA “les comprometen a organizar y tutelar algo más amplio, ‘la salud pública’ (concebida como derecho), ‘a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios’”³⁰⁸.

Este derecho laboral básico de los trabajadores conlleva un correlativo y genérico deber empresarial³⁰⁹ de prevención de los riesgos laborales (art. 14.1 2º párrafo LPRL) que se concreta a través del cumplimiento de una serie de deberes regidos por el principio de evitación de los riesgos (art. 15 LPRL)³¹⁰: evaluar los riesgos que no han podido ser evitados, combatir los riesgos en su origen, planificar la prevención, integrar la prevención en el sistema de gestión de la empresa, sustituir lo peligroso por lo que entrañe “poco o ningún peligro”, adoptar medidas de protección individual y colectiva, dando prioridad a estas últimas, tener en cuenta la evolución de la técnica, formar a los trabajadores y adaptar el trabajo a la persona. Asimismo, se le exige al empresario que valore la capacidad y aptitud del trabajador al encomendarles

³⁰⁸ GALIANA MORENO, J. M., “Prólogo” al libro de GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002, p. 15.

³⁰⁹ Caracterizado por “una gran dificultad en su cumplimiento” según indica GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 26, con cita de doctrina relevante como son Albiol Montesinos, Camps Ruiz, García Ninet, López Gandía y Sala Franco.

³¹⁰ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 694-695.

la tarea (art. 15.2 LPRL). De todas estas medidas nos centraremos en la adaptación del trabajo a la persona pues, como antes se dijo, cumple un doble objetivo de procurar la evitación de los riesgos de un determinado puesto de trabajo y, al mismo tiempo, sirve para la inserción laboral de las PCD.

En este sentido, el principio general establecido en el artículo 15.1 d) LPRL) por el cual el trabajo debe adaptarse a la persona, cobra especial significación en relación a las PCD en general y a los trabajadores con discapacidad mental. Esta obligación empresarial, que hunde sus raíces en las normativas tanto de accesibilidad y no discriminación como en la preventiva³¹¹, va a resultar uno de los principales apoyos para la inserción laboral del colectivo de PCDM pues, de hecho, en la medida que el puesto de trabajo tenga en cuenta las condiciones del colectivo protagonista de este estudio, para hacerlo más accesible a sus circunstancias, se evitarán los riesgos laborales específicos que pueden afectar a estos trabajadores con discapacidad. En esta misma línea se entienden y, por ello, es preciso traer a colación, tres artículos de la reciente LGD relacionados con la adaptación de puestos de trabajos y la no discriminación, a saber: el 40.2 que prevé que “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Y los artículos 22.2 y 23 LGD que indican que las condiciones de accesibilidad y no discriminación establecidas en este cuerpo legal son supletorias en relación a la legislación laboral.

³¹¹ TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., p. 250. También, RIVAS VALLEJO, P., “Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, mayo de 2014, ejemplar electrónico, p. 1.

Por consiguiente, para las PCD en general y en particular para las que tienen una discapacidad mental, las adaptaciones del puesto de trabajo que tengan en cuenta sus circunstancias personales pueden suponer una medida de apoyo muy eficaz para la inclusión laboral del colectivo. De esta manera, la PRL estaría dentro de la estrategia de gestión de las discapacidades que la OIT promueve que tengan todos los empleadores, como parte de su política general de empleo y su estrategia de desarrollo de recursos humanos³¹².

La seguridad y salud del puesto de trabajo constituye la primera tarea de la empresa una vez que se ha seleccionado la persona a ocupar un puesto de trabajo. E incluso antes pues, como se vio en el capítulo anterior, la discapacidad pudo ser tomada en cuenta en el diseño tanto del propio puesto como de la oferta de trabajo que sirve de base para la selección de personal.

En relación a los TCDM la cuestión inicial y diferenciadora del resto de trabajadores de la empresa versa sobre el conocimiento, o no, por la misma de la discapacidad mental del nuevo empleado. Dada la importancia del tema pasamos a estudiarlo en el siguiente apartado.

1. El conocimiento por la empresa de la discapacidad mental del nuevo trabajador.

Tal como vimos en el capítulo pretérito, puede que la empresa conozca la patología mental del trabajador porque éste se lo haya indicado durante el proceso de selección, pero puede ocurrir que no lo haya hecho y ya vimos que era perfectamente posible si la oferta de empleo no fue específica para PCD y el trabajador no lo comunicó ni en su CV, ni en la entrevista personal. Ya se analizaron los límites en el momento de la entrevista de selección; ahora habría que indagar la cuestión desde el plano de la Prevención de Riesgos Laborales.

³¹² OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., p. 12.

Superado el proceso de selección, la empresa necesita conocer cierta información del nuevo trabajador para cumplir entre otras obligaciones legales con la de seguridad y salud en el trabajo. El problema jurídico se plantea cuando el trabajador no ha comunicado su circunstancia personal de ser una persona con discapacidad mental pues puede existir bien una obligación del trabajador de comunicar tal circunstancia al empleador, bien un derecho de éste de indagar sobre la salud de su contraparte del contrato de trabajo.

Dado que la discapacidad, como mantuvimos en el capítulo anterior³¹³, está dentro de la esfera íntima del trabajador y teniendo en cuenta, como sostiene nuestro TC, que “las características biológicas de una persona, sus condiciones físicas y su estado de salud, pertenecen al más estricto ámbito de su intimidad”³¹⁴, nos encontramos, pues, en la esfera del derecho a la intimidad del trabajador en el contexto de la relación jurídico-laboral y, más en concreto, en el ámbito de la Seguridad y salud.

De primeras, debe partirse de la consideración de la seguridad y salud en el trabajo como derechos del trabajador que conllevan la correlativa obligación del empresario de garantizarla “adoptando las medidas que tiendan a eliminar o a reducir al mínimo los posibles riesgos para la integridad física y psíquica”³¹⁵ de aquéllos en el lugar de trabajo. En efecto, la prevención de riesgos laborales se configura –como antes ya se dijo–, como un derecho básico de los trabajadores establecido en el art. 4.2 d) ET que el empresario debe respetar y tutelar pues, como indica la jurisprudencia de nuestro TS, se predica del empleador un deber incondicionado y prácticamente ilimitado en materia de salud laboral a tenor del cual “deben adoptarse las medidas de protección que

³¹³ Vid. *supra* Capítulo III, A, b).

³¹⁴ SSTC 70/2009, de 23 de marzo (BOE del 27 de abril), FJ 2 y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.

³¹⁵ CRISTOBAL RONCERO, R., “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004, p. 13.

sean necesarias, cualesquiera que ellas fueren” [SSTS 8 de octubre de 2001 (RCUD 4.403/2000) y 12 de junio de 2013 (RCUD 793/2012)]³¹⁶.

Por tanto, nos movemos en un ámbito, la prevención de riesgos laborales, en el cual el derecho del trabajador conlleva fundamentalmente una correlativa obligación de protección del empresario³¹⁷. Y, para el caso de que se entendiera que pudiera haber colisión entre este derecho laboral básico de los trabajadores a la seguridad y salud y la prerrogativa empresarial de salvaguarda de su libertad de gestión de la empresa o de defensa de su interés productivo (art. 38 CE), la doctrina sostiene la prevalencia del primero, al estar conectado con su derecho a la vida e integridad física ex art. 15 CE, sobre la segunda³¹⁸.

Para continuar, debe escudriñarse el derecho a la intimidad del trabajador para conocer qué alcance puede tener en el ámbito de la relación jurídico-laboral y, en concreto, en la parcela de seguridad y salud laboral.

Como se sabe, el derecho a la intimidad regulado en el artículo 18.1 CE dentro de lo que ha entendido el TC como derechos de la personalidad (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 6) “supone, en general, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás que, por un lado, implica la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona y, por otro, el control por su titular de los datos e información

³¹⁶ RIVAS VALLEJO, P., “Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 1.

³¹⁷ Así lo mantiene RUIZ CASTILLO, M. M., “Derecho a la intimidad y controles de salud en la persona del trabajador: sentencia TC 196/2004, de 15 de noviembre”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 411, quien entiende que no hay ponderación de derechos en juego entre el trabajador y el empresario y, por ello, sostiene que deben considerarse irrelevantes las consecuencias económicas o productivas que de ello se deriven.

³¹⁸ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, cit., pp. 116-120.

relativos a sí mismo”³¹⁹. Por decirlo con palabras del propio TC en su sentencia 142/1993, de 22 de abril, “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”. Derecho a la intimidad que, como el resto de los derechos personalísimos, son imprescindibles para afirmar la dignidad y la libertad de la persona (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 y 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). Esta visión corresponde con un derecho a la intimidad como derecho negativo, esto es, de defensa de la vida privada frente a intromisiones ajenas. Junto a ella, se postula una visión positiva, es decir, como derecho a un concepto subjetivo de intimidad o derecho de “autodeterminación personal”, que puede tener mucha importancia para reconocer la diferencia de las PCD³²⁰, que propone que el derecho a la intimidad sea “una garantía institucional del pluralismo y la democracia”³²¹.

Ahora bien, como todos los derechos fundamentales, la intimidad no es un derecho absoluto y para los trabajadores se puede abrir con la firma del contrato de trabajo una matización de su esfera íntima³²² (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7) dado que se recaban datos personales e información de la vida íntima del trabajador necesarios en el desarrollo de la actividad laboral. El

³¹⁹ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, p. 119.

³²⁰ En este sentido, tener en cuenta el art. 3 d) de la Convención de la ONU de PCD que establece como principio general de la misma “El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.

³²¹ RUIZ CASTILLO, M. M., “Derecho a la intimidad y controles de salud en la persona del trabajador: sentencia TC 196/2004, de 15 de noviembre”, cit., pp. 397 y 408-409.

³²² RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, cit., pp. 25-26, quien afirma, citando a Rodríguez-Piñero, que “es evidente que el poder de dirección, que se enmarca en la libertad de empresa, también reconocida constitucionalmente en el art. 38, puede colisionar con los legítimos derechos de los trabajadores, y no siempre estos deben prevalecer, porque el interés empresarial, en ciertos casos, justifica una «modalización» —o sacrificio parcial— de los derechos fundamentales”; también pp. 29 y 35 y ss.

derecho a la intimidad puede ceder ante otros intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen una intromisión en la esfera del trabajador, siempre que tal limitación del derecho fundamental resulte necesaria y no exista un sacrificio desproporcionado a la finalidad perseguida (SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 5º y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5º y, también, STS de 28 de diciembre de 2006³²³).

La regulación jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito laboral no es excesivamente prolija e igual merecería en este concreto aspecto, como luego se dirá, una atención mayor, de ahí que hasta ahora la aplicación directa de la CE y su interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional adquieren una importancia de primer orden en la configuración del régimen jurídico de este derecho³²⁴.

Nuestro Tribunal Constitucional ha escindido del tradicional derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) el “derecho fundamental a la protección de datos” (art. 18.4 CE) dotándole de autonomía con respecto al primero³²⁵, cuyo contenido tal como indica la STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 7º) “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personas que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué,

³²³ RJ 503/2007.

³²⁴ En el mismo sentido, el Magistrado del TSJ de la Comunidad Valenciana LLUCH CORELL, F. J., “Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”, Portal de la Editorial Lefebvre *ElDerecho.com*, 1 de diciembre de 2014, accesible en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/intimidad_del_trabajador-control_empresarial_11_765430001.html [último acceso: 30 de junio de 2015]. También, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, cit., p. 35, quien afirma, citando a Pedrajas Moreno y De Vicente Pachés, que en ausencia de una norma que haya precisado el alcance de los derechos fundamentales de la esfera privada del trabajador en la relación laboral, el TC ha insistido en la eficacia de los mismos en el contrato de trabajo si bien con una necesaria adaptabilidad.

³²⁵ HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 99 y ss. También, TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la Empresa de los Datos Personales de los Trabajadores...*, cit., pp. 44 y ss.

pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. En el caso que nos ocupa, la Discapacidad Mental es un dato íntimo sobre el que el trabajador tendrá, en principio, la capacidad de disponer a quién le facilita ese dato y con qué finalidad.

En este orden de cosas, una vez visto el contexto en el que nos movemos, el alcance del derecho a la intimidad en el ámbito jurídico-laboral y que nos encontramos, como antes se dijo, dentro de un derecho del trabajador que conlleva una obligación empresarial a la tutela de la seguridad y salud, estamos ya en condiciones de entrar a analizar si existe bien un derecho empresarial a indagar sobre la salud mental del trabajador, bien una obligación de éste a comunicar su condición de PCDM. Luego, en siguientes apartados, veremos qué consecuencias puede tener el conocimiento por el empresario del trastorno mental del trabajador desde el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, debemos indicar que el estado de salud mental de un trabajador es un tema importante para la seguridad y salud en el trabajo y, por tanto, su conocimiento no escapa al ámbito de la prevención. La enfermedad mental grave, que sería la pieza clave para que se pudiera declarar una discapacidad mental, representa una situación que sin duda puede afectar al modo en que el trabajador puede ejercer su actividad profesional, que puede requerir adaptaciones bien del puesto de trabajo, bien de las condiciones laborales en las que se ejercita la actividad y, por ello, la indagación empresarial de una patología mental se sustenta específicamente en la obligación general de seguridad y salud que incumbe al empleador.

La información sobre la salud del trabajador son datos especialmente sensibles por lo que la LOPD (art. 7.3) exige que sólo puedan ser tratados cuando una Ley así lo prevea por razones de interés general o si el interesado consiente expresamente. El tratamiento de este tipo de datos sensibles de los

trabajadores va a estar permitido o, más técnicamente, exigido³²⁶, por el deber de tutelar la salud y prevenir los riesgos laborales de sus empleados [art. 4.2 d) y 19 ET y 2, 14 y 22 LPRL] que prevé que se manejen sus historias y sus datos de salud si bien el acceso a los mismos únicamente se prevé para el personal médico que lleve a cabo la vigilancia de la salud mientras que al empresario sólo se facilitarán “las conclusiones que se deriven de los reconocimientos realizados” (art. 22.4 LPRL).

Supone una injerencia en la esfera íntima de un nuevo trabajador pero, en consonancia con la jurisprudencia constitucional (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre y 153/2004 de 20 de septiembre) por la cual al empresario le será exigible lo que algún autor ha denominado “principio de finalidad/pertinencia”³²⁷, esto es, que los datos que recabe sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito laboral y las finalidades legítimas y explícitas para las que se han obtenido (art. 4.1 LOPD), parece claro que es una intromisión fundada en la obligación legal de Seguridad y salud. Conocer el estado de salud mental del trabajador es adecuado en el buen entendimiento que se considerarán pertinentes y no excesivos únicamente aquellos datos de la patología mental que puedan afectar a la actividad laboral como por ejemplo, efectos secundarios del tratamiento farmacológico necesario y su posible incidencia en el ámbito productivo, horario y frecuencia de los seguimientos médicos, qué necesidades observa el trabajador para la ejecución adecuada de la función para la que ha sido contratado y, en general, todos los que puedan ayudar a realizar la adaptación psicosocial del puesto de trabajo, cuestión que detallaremos más adelante. En este sentido, se deberían considerar excesivos aquellos aspectos de la patología mental que no guarden relación con la actividad productiva (sobre todo de la historia clínica que debe ser sólo

³²⁶ GARCÍA MURCIA, J., “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, nº 13, 2000, p. 25.

³²⁷ TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores...*, cit., p. 89.

analizada por el especialista en psiquiatría o psicología y no tanto por el de vigilancia de la salud de la empresa).

Tal como se exige en la LOPD, la recogida, archivo y eventual tratamiento de datos de los trabajadores habrá de realizarse conforme a las previsiones legales, quedando prohibida “la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos” (art. 4.7 LOPD). En la relación laboral, tal comportamiento podría entenderse recogido sin necesidad de otro pronunciamiento explícito de la obligación para ambas partes del contrato de ajustar su comportamiento a las exigencias de la buena fe (art. 20 ET). La empresa habrá de informar al TCDM del motivo por el cual quiere recoger estos datos sobre su salud. De conformidad al artículo 5 LOPD tal información debe ser previa, expresa, precisa e inequívoca, mostrando al trabajador que si no contesta sobre su discapacidad, luego no podrá solicitar la adaptación del puesto de trabajo que fuera necesaria. Por último, en relación a los datos de carácter personal, debe indicarse que “serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (art. 4.5 LOPD). Tal previsión aboca a la cancelación de los datos cuando el contrato de trabajo se extinga.

Hay posiciones doctrinales en la misma línea de lo que se acaba de mantener. Así, ALAMEDA CASTILLO indica que “en relación a los datos de salud, el candidato a un empleo no disfruta de un derecho ilimitado a mantener en secreto su estado de salud pues el empresario está obligado a prevenir riesgos laborales y a adoptar determinadas medidas orientadas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Con carácter general y previo consentimiento del afectado, el empresario podrá recabar datos de sus trabajadores para atender a las exigencias de su organización productiva y para dar cumplimiento a su deber de tutela de la seguridad y salud de aquéllos, con

los límites y garantías establecidos en el art. 22 LPRL y en línea con lo dispuesto en el art. 8.2 b) de la Directiva 95/46”³²⁸.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, una vez seleccionado un trabajador no sólo la empresa puede preguntar -cuestión que debe realizarse como ha quedado indicado en el ámbito de los exámenes de salud que dan cumplimiento a la obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores ex art. 22 LPRL de la que se hablará en otro apartado³²⁹-, sino que en este concreto aspecto, consideramos que las PCDM tienen la obligación de comunicar su patología mental al empleador. Es cierto que es una cuestión estrictamente personal, de su vida privada y una condición que afecta a lo más hondo de su intimidad. Pero no lo es menos que el trabajador ya está seleccionado y que puede afectar a su desempeño laboral y puede precisar adaptaciones que escapen de lo que el trabajador puede conocer y que por ello, afectan a la obligación de tutela de la seguridad y salud en el trabajo que debe desempeñar el empresario³³⁰. Por tanto, dado que la enfermedad mental grave puede repercutir de manera directa en la actividad laboral, se exige que el trabajador comunique tal circunstancia al empleador una vez que ya ha sido seleccionado y con la exclusiva finalidad de adaptar a sus circunstancias personales su puesto de trabajo.

En relación a esta obligación del empleado debemos indicar, en primer término, el interés que se quiere proteger con la misma³³¹. Fundamentalmente, con aquélla se busca en nuestra opinión proteger la vida e integridad física del

³²⁸ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios Previos al Contrato de Trabajo y Discriminación*, cit., pp. 291-292.

³²⁹ Un ejemplo es la STSJ Islas Baleares, de 12 de mayo de 2006, citada en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 143.

³³⁰ El caso del accidente aéreo de la compañía aérea Germanwings ocurrido el martes 24/03/2015 en el que el copiloto que estrelló el aparato con 150 personas a bordo padecía un problema de salud mental es un ejemplo clarificador de la importancia de realizar una adecuada seguridad y salud en el trabajo.

³³¹ Sobre la teoría del interés y los deberes de seguridad y salud en el trabajo vid., extensamente, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El deber de Seguridad y salud en el trabajo*, cit., pp. 41 y ss.

propio trabajador y, además, que el empresario pueda cumplir su deber de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores. Pero como quiera que el estado de salud mental del trabajador repercute en la colectividad que le rodea, con esta obligación que consideramos que debe imponerse al TCDM se está protegiendo el interés de la empresa y de la comunidad organizada en el Estado en la medida en que la acción de este nuevo empleado puede repercutir en el resto de trabajadores de la empresa y terceras personas que se relacionan con ésta³³². Por tanto, se están protegiendo intereses privados y públicos.

En segundo término, por lo que respecta al fundamento jurídico de esta concreta obligación del nuevo trabajador de comunicar su patología mental, que tiende a proteger como acabamos de ver intereses privados y públicos, entendemos que emana fundamentalmente de la buena fe y del deber de diligencia y colaboración (art. 20 ET)³³³. RODRÍGUEZ CARDO es de la misma opinión al afirmar que si la condición personal tiene repercusión sobre la relación laboral el principio de buena fe obliga al trabajador a comunicar tal clase de circunstancia pues, de lo contrario, no podrá “posteriormente exigir adaptaciones del puesto derivadas de una condición preexistente que voluntariamente no comunicó”³³⁴.

Esta obligación no viene recogida expresamente en el articulado de la LPRL. Específicamente no se contempla en el artículo 29 del mismo cuerpo legal que versa sobre el grueso de las obligaciones del trabajador en esta materia. Ahora bien, se podría deducir de alguno de sus enunciados. MORENO SOLANA también aboga por la misma solución y trae a colación dos obligaciones legales establecidas en los artículos 29.2.4 (“informar de inmediato

³³² En el mismo sentido, STSJ Islas Baleares, de 12 de mayo de 2006, citada en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 143.

³³³ En el mismo sentido, vid. sobre el fundamento en general de las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo POQUET CATALÁ, R., *Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Bomarzo, Albacete, marzo 2015, pp. 41-41.

³³⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, cit., pp. 41-42.

a su superior jerárquico (...) acerca de cualquier situación que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo”) y 29.2.6 LPRL (“cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores”), sobre todo esta última. Se trata de obligaciones de hacer, que exigen que el trabajador sea un auténtico agente de su propia seguridad³³⁵.

Dado que la obligación que preconizamos no está contemplada explícitamente en nuestra norma de PRL, se podría traer un caso distinto en el que la legislación europea, transpuesta con posterioridad a nuestro Ordenamiento Jurídico, sí exige la comunicación al empresario para que se pueda habilitar la tutela de Seguridad y salud de la empleada por parte del empresario. Nos referimos, en concreto, a la comunicación por la trabajadora de su estado de embarazo, obligación recogida en el art. 2 a) de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia³³⁶. El embarazo -de forma idéntica a como ocurre con la discapacidad mental-, es una situación sólo conocida en un primer momento por la empleada. Para que se pueda poner en marcha la protección específica que el Ordenamiento Jurídico prevé para el estado de buena esperanza se exige que se comunique (de manera inequívoca, sea ésta expresa, tácita, formal o informal). De igual modo, se puede sostener que para que el empresario deba establecer la adaptación psicosocial del puesto de trabajo para la PCDM, ésta debe comunicar su patología a la empresa.

Por consiguiente, nuestra posición es proclive a considerar que el TCDM deba comunicar su condición al empleador una vez haya sido seleccionado; no

³³⁵ MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 332-333, 216-217, también en nota al pie de la página 49.

³³⁶ Sobre la obligación de la trabajadora de comunicar su embarazo, vid., GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, entre otras pp. 31-32.

obstante, pese a que el trabajador ya es parte de la plantilla de la empresa y ha firmado su contrato de trabajo no lo es menos que éste está tan en los albores que puede incluso que la prestación de trabajo aún no haya comenzado. En este momento, exigirle al trabajador que deba transmitir una circunstancia personal como la que estamos contando requiere una salvaguarda legal taxativa para evitar que pueda tener alguna repercusión negativa en la recién iniciada relación laboral.

De ahí que abogemos por un pronunciamiento legal expreso que dé seguridad jurídica tanto a la empresa como al trabajador. A la parte empleadora esta regulación le supondrá el marco jurídico estable en el que apoyarse para poder recabar sin ambages datos que precisa para su obligación legal de seguridad y salud laboral³³⁷. Y para el empleado con discapacidad mental, le dará confianza para poder transmitir esta condición a la empresa a sabiendas que ha superado el proceso de selección, detenta las características y competencias que la empresa busca y tiene el derecho a ponerlas en práctica en la relación jurídico-laboral que va a comenzar y que la empresa sólo utilizará la información de la existencia de una discapacidad mental a efectos de poder adaptar el puesto de trabajo o las condiciones laborales en beneficio del trabajador.

Como se puede observar, durante el proceso de selección del que hablamos en el capítulo anterior mantuvimos que la PCDM no tenía obligación de comunicar su enfermedad mental grave a la empresa pero, en cambio, una vez superado éste sí que debe transmitirla al empresario. Entre una situación y otra existe un comportamiento empresarial que es la causa de esta diferencia: la empresa decide finalizar aquel proceso con la selección de la PCDM. Esta decisión, desde nuestro punto de vista, debe tener una mayor relevancia jurídica. Así podrá separarse nítidamente el tiempo del contrato de trabajo - aunque éste aún no se haya firmado-, de la fase previa del proceso de selección.

³³⁷ Recordemos que la STC 70/2009, de 23 de marzo (BOE del 27 de abril), establece en su FJ tercero la exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad.

La regulación jurídica que se propone consiste en establecer una obligación a la empresa de formalizar jurídicamente su decisión de contratación. Esto es, la empresa debe exteriorizar su disposición de poner fin al proceso de selección designando, además, la persona elegida para ocupar el puesto de trabajo. En ese momento, todas las demás personas que fueron entrevistadas pasarán a ser candidatos descartados y sólo una de ellas será la elegida. A partir de la exteriorización de su decisión, la empresa podrá llamar al candidato elegido y recabar la información necesaria bien para la firma del contrato, bien para la obligación legal de la cotización a la seguridad social³³⁸, bien para la tutela de la seguridad y salud del nuevo trabajador de su empresa, etc.

Consideramos que, además de regularse de manera general por medio de un precepto legal, este es un campo abonado para la regulación por parte de la negociación colectiva. De igual modo que ocurre en la actualidad con el inicio del proceso de selección de una vacante en la que en algunas ocasiones normas convencionales pueden exigir a la empresa seguir una serie de pautas, -sobre todo previstas para asegurar la información y participación de los representantes de personal y para asegurar derecho de opción inicial y preferente a trabajadores ya contratados que pueden optar a dicha vacante-, de manera similar se podría regular por norma paccionada la manera en que la empresa debe formalizar el final del proceso de cobertura del puesto de trabajo y la designación de la persona seleccionada (por ejemplo, exigiendo una comunicación a la representación de los trabajadores, publicación en la intranet de la empresa, puesta en conocimiento a los candidatos descartados por un medio concreto, etc.).

Qué ocurra una vez sepa la empresa que la persona elegida tiene una discapacidad mental se verá en los siguientes apartados: la obligación de

³³⁸ Téngase en cuenta que las PCD según el tipo y grado de discapacidad pueden tener una menor cotización a la Seguridad Social y, como ya dijimos en el capítulo precedente, durante el proceso de selección la empresa no puede preguntar cierta información en relación a la discapacidad pues puede considerarse atentatorio del derecho a la intimidad y no discriminación de la PCD.

adaptación psicosocial del puesto de trabajo, la vigilancia de la salud e, incluso, que pueda ocurrir que el trabajador no se encuentre en circunstancias psicofísicas para ejercer las labores esenciales del puesto de trabajo y pueda incluso, ex art. 25.1 2º párrafo LPRL, que su relación jurídico-laboral finalmente no vea la luz son cuestiones que luego se verán pero que no tienen que ensombrecer que la PCDM fue la que el empresario designó en una primera instancia para cubrir su vacante.

Tras analizar el interesante tema del conocimiento por la empresa de la discapacidad mental del nuevo trabajador, es momento de estudiar el resto de cuestiones que la misma puede provocar en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Los problemas a los que se enfrenta la empresa en relación a la Seguridad y salud de un trabajador con discapacidad mental pueden ser varios y en este momento pasamos simplemente a enunciarlos. Algunos son comunes con cualquier otro trabajador pues la empresa está obligada a identificar, en primer término, qué tareas del puesto de trabajo pueden ser perjudiciales para la salud del nuevo empleado. O si hay concretos aspectos de la organización de la empresa que le puedan afectar negativamente y si ello debe ser tenido en cuenta por la empresa y ser modificados en alguna medida con carácter previo al comienzo de los trabajos. No obstante, esta operación puede tener peculiaridades propias por ser un trabajador con discapacidad y más en concreto con trastorno mental grave pues sus características personales pueden ser más singulares que un nuevo empleado que no padezca una enfermedad mental y ello hará más laboriosa esta inicial y siempre difícil tarea de la evaluación de riesgos profesionales. Estas características singulares se encierran legalmente en el art. 25.1 primer párrafo de la LPRL que versa, como es sabido, en una protección específica para los Trabajadores Especialmente Sensibles (en adelante, TES).

Otra cuestión sí es específica de los trabajadores con discapacidad y se hace imprescindible en la discapacidad mental, a saber: la empresa deberá

comprobar ex art. 25.1 2º párrafo LPRL, que el estado del trabajador le permite realizar las labores esenciales del puesto de trabajo con carácter previo al inicio del trabajo.

Estudiemos cada uno de ellos a continuación.

2. La consideración de las PCDM como Trabajadores Especialmente Sensibles

Como se indicó al principio de este apartado, nuestro ordenamiento jurídico prevé como principio general de la tutela de Seguridad y salud recogida en la Constitución la adaptación del trabajo a la persona [art. 15.1 d) LPRL] que deberá tenerse presente en la ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador en cualquier relación laboral. Tal axioma supone, como ya han resaltado diversos autores, que en nuestro Derecho nacional por influencia del ordenamiento comunitario se ha producido un cambio trascendente en el cual el principio de la “adecuación del trabajador al trabajo” (recogido en los artículos 123 y 196 de la Ley General de la Seguridad Social), haya sido desplazado, pasando a jugar un papel meramente complementario con respecto al principio de la “adaptación del trabajo a la persona” (recogido los artículos 15.1 d) y 25.1 LPRL)³³⁹.

Esta regla general es válida como derecho subjetivo de crédito³⁴⁰ para todas las personas sujetas a un contrato de trabajo y por ello bastaría para atender las circunstancias especiales de las PCD pero, a pesar de ello, junto a esta protección genérica la LPRL ha querido establecer un tratamiento legal

³³⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 235 y TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, cit., p. 255.

³⁴⁰ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, cit., pp. 113 y ss.

específico para los trabajadores con alguna especial sensibilidad a determinados riesgos. Literalmente indica: “el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo” (art. 25.1 LPRL).

Por tanto, como puede observarse, para las PCDM este artículo 25.1 LPRL debe considerarse como la piedra angular de la protección de seguridad y salud y todo parte de la consideración de Trabajador Especialmente Sensible (TES) y a su análisis dedicamos el presente apartado.

Es claro que aquellos trabajadores con discapacidad mental que tengan reconocida legal y administrativamente esta condición y, por tanto, estén en posesión del certificado de discapacidad³⁴¹ son, por ministerio de la Ley, TES. Evidentemente, tal condición debe haber sido comunicada al empresario y, a partir de ese momento, le será de aplicación la protección específica prevista en el art. 25 LPRL que conlleva una obligación de hacer específica por parte de la empresa y que desarrollaremos en los siguientes apartados.

Para interpretar correctamente este apartado en relación a las PCD, tal como indica TORRENTS MARGALEF “lo que la ley sugiere es que dichos trabajadores son *potencialmente* más sensibles que los demás, por lo que el empresario habrá de tener en consideración este rasgo particular para ver si son necesarias medidas protectoras adecuadas”³⁴², pudiendo ocurrir que tras esa evaluación específica se llegue a la conclusión de que el trabajador a pesar de tener la condición de PCD no resulta ser especialmente sensible a los riesgos profesionales. Esta aseveración que este autor lo indica para toda PCD sería válida también para las PCDM por lo que se concluye que cuando tiene el

³⁴¹ Sobre este proceso administrativo ver el capítulo I.B.5 de este trabajo.

³⁴² TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, cit., p. 259.

reconocimiento legal de la discapacidad, la situación exige un plus de vigilancia en verificar cómo le pueden afectar los riesgos del puesto de trabajo, teniendo especial cuidado -como luego se detallará-, en los riesgos psicosociales. A las PCDM les pueden afectar en mayor medida que al resto de la población los factores psicosociales del trabajo y la organización de la empresa y, de ahí, su consideración de Trabajadores Especialmente Sensibles.

Situación distinta es la del trabajador con enfermedad mental grave que no tenga el reconocimiento legal de discapacidad cuestión que no es general pero puede no ser infrecuente. En este caso, desde nuestro punto de vista nos encontraríamos en el supuesto contemplado en el mismo precepto 25.1 LPRL ante un trabajador “que, por sus propias características personales o estado biológico conocido” tiene una mayor sensibilidad a los riesgos profesionales por lo que también tendría que ser considerado un TES. En efecto, tal como se ha indicado por la doctrina³⁴³, el primer párrafo de este artículo 25.1 toma como referencia el elemento subjetivo frente al puesto de trabajo que desempeña el empleado y, por ello, la protección vendrá fijada por los aspectos o características que concurran en el trabajador. En este caso, no estaría englobado dentro del colectivo de PCD pero ello no significa que el trabajador que presente un trastorno mental grave aunque no haya pasado por el trámite para tener el certificado de discapacidad no pueda ser reconocido como Trabajador con Especial Sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo. Así lo mantienen diversos autores³⁴⁴ y se desprende no sólo del tenor literal del precepto 25.1 LPRL estudiado sino también de la propia normativa específica y general de la Discapacidad tanto nacional (artículos 4.1 y 2, 63 y 64 LGD) como de Naciones Unidas (art. 5 de la Convención sobre los Derechos de las PCD), tal como ya se indicó en el primer capítulo, vienen a poner el foco en la existencia de la discapacidad más que en el reconocimiento oficial administrativo de la

³⁴³ SEMPERE NAVARRO, A.V., et al., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, cit., p. 235.

³⁴⁴ Así opinan MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., p. 46 y TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, cit., p. 259.

misma para tener derecho a las medidas de apoyo y antidiscriminatorias necesarias para su inclusión social.

Ahora bien, al no tener el reconocimiento legal de discapacidad, el TCDM deberá probar que concurre en él la especial sensibilidad a través de la comunicación de su patología mental como indicamos en el anterior apartado o, mejor aún, de la conexión entre ésta y el puesto de trabajo o las condiciones de trabajo que le pueden afectar de manera mayor que al resto de los trabajadores de la empresa³⁴⁵.

En todo caso, tenga o no acreditada oficialmente la discapacidad, la PCDM entendemos que debe ser considerada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo puesto que como ya indicase GARCÍA-PERROTE la especial sensibilidad se halla en el trabajador y no en el puesto de trabajo a desempeñar por lo que un mismo puesto puede que entrañe o no riesgos en función de las connotaciones personales del trabajador³⁴⁶. De ahí que se deba concluir que el trabajador afectado por una discapacidad mental, atesora un condicionante de tipo psíquico “que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo, riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales, o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador, en el caso de éstos se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracterizan”³⁴⁷. Por ello, la consideración como TES brindará a la PCDM una protección específica exigiendo al empresario la realización de diversas actuaciones de las que trataremos enseguida. Pero antes

³⁴⁵ Siguiendo en este punto a MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., pp. 325 y, fundamentalmente, 43-44 cuando indica: “La diferencia entre aquel trabajador especialmente sensible, que lo es por sus peculiaridades, y aquel que es especialmente sensible porque pertenece a un colectivo, es que el primero tendrá la carga de probar que en él concurre esta condición; y sin embargo el que pertenezca a un colectivo, sólo por ello, ya se va a presuponer su especial sensibilidad”.

³⁴⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Directores), *Seguridad y salud en el trabajo*, Editorial La Ley, Madrid, 1997, p. 37.

³⁴⁷ MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., p. 57.

analizaremos a qué riesgos son especialmente sensibles los TCDM pues nos servirá para el posterior estudio antes referido de la adaptación del puesto de trabajo que precisa este colectivo.

C. Los riesgos que afectan especialmente a los TCDM: los riesgos psicosociales.

1. Aproximación conceptual

Tal como se indicó en el primer capítulo de esta obra, la enfermedad mental grave provoca alteraciones cognitivas que repercuten en ciertas capacidades de la persona (atención, concentración, memoria y pensamiento, fundamentalmente) y, además, tiene como consecuencia que las personas que la padecen experimentan un deterioro en las habilidades para el adecuado desempeño de roles sociales. Estos individuos, por ello, muestran una respuesta ineficaz al ambiente y tienen dificultades para afrontar una situación nueva. En fin, como ya quedó explicado, las PCDM tienen mermada su capacidad para hacer frente a estresores ambientales que encuentran o que ellos mismos se crean.

Si tenemos en cuenta que los llamados ‘riesgos psicosociales’ son aquellos que hacen referencia “a los factores psicológicos que intervienen en la realización del trabajo y que provienen fundamentalmente de la organización del mismo”³⁴⁸ o, como indica MONCADA I LLUIS, son “aquellas características de las condiciones de trabajo y, sobre todo, de su organización que afectan a la salud de las personas a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos a los

³⁴⁸ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 3.

que también llamamos estrés”³⁴⁹, se puede fácilmente colegir que las PCDM a lo que son sensibles son a los riesgos profesionales de carácter psicosocial.

El término “factores psicosociales” fue definido en 1986 por la OIT y pone en evidencia cómo las interacciones entre el contenido de la tarea, la organización y la gestión del trabajo influyen en la salud del trabajador y sus efectos pueden ser negativos manifestándose a largo plazo³⁵⁰. “Lo ‘psicosocial’ normalmente se define como la relación e interacción entre el individuo (psique) y su entorno social (...). Tal como se define en los últimos trabajos de la Agencia Europea [de Seguridad y salud en el Trabajo], los riesgos psicosociales comprenden aquellos que derivan, de un modo u otro, de la organización del trabajo y del entorno de las relaciones sociales en el trabajo, tanto las relaciones personales internas dentro de la empresa como las relaciones externas, con los clientes, los usuarios”³⁵¹, etc.

Como ya se ha dicho de manera acertada, “los riesgos psicosociales perjudican la salud de los trabajadores causando estrés” y otras enfermedades (cardiovasculares, respiratorias, gastrointestinales, mentales, etc.) y son “consecuencia de unas malas condiciones de trabajo, concretamente de una deficiente organización del trabajo”³⁵². No obstante, “entre los factores de riesgo

³⁴⁹ MONCADA I LLUIS, S., “Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva”, en AA.VV., (Director AGUSTÍ JULIÀ, J.), *Riesgos psicosociales y su incidencia sobre las relaciones laborales y seguridad social*, Congreso General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 17.

³⁵⁰ NOGAREDA CUIXART, C., “Factores psicosociales: su incidencia y su gestión en la empresa española”, en *Informe sobre el estado de la Seguridad y salud Laboral en España. 2009*, Ministerio de Trabajo e Inmigración e Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Grupo Editorial Cinca, Madrid, primera edición, marzo 2011, p. 25; también, MARTÍN, D., “Discapacidad y factores psicosociales”, *Info Prevención. Boletín de la Fundación Prevent*, nº 108, 19/06/2012, versión electrónica accesible en <http://www.fundacionprevent.org>

³⁵¹ VELÁZQUEZ, M., “Las Inspecciones de Trabajo europeas ante los riesgos psicosociales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 98, Monográfico a los Riesgos Psicosociales, 2012, p. 146.

³⁵² CASTRO CONTE, M., “Riesgos psicosociales y su relación con los tiempos de trabajo y salario”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 98, monográfico de los Riesgos Psicosociales en el Trabajo, 2012, p. 73, quien se hace eco de las Conclusiones del V Foro ISTAS

psicosociales y sus efectos sobre la salud, no se da una relación tan evidente y directa como la que existe por exposición a otros factores de riesgo (p. ej. Hipoacusia profesional por exposición al ruido), entre otros motivos, porque los primeros son de diversa naturaleza, actúan de forma mantenida o intermitente, e influyen las variables personales del propio trabajador en cuanto a la manera de percibir el riesgo”³⁵³.

Centrándonos en el estrés y “como aproximación básica al mismo, puede afirmarse que constituye una forma patológica de reaccionar frente a los estímulos y la tensión extrema (...). Se afirma que un cierto grado de estrés es incluso saludable y hasta positivo, ya que los ‘buenos estresores’ pueden promover el bienestar y estimular la creatividad (...), pero los niveles por exceso se convierten en factores de riesgo para la salud y precursores de diversas enfermedades (...) y, por lo tanto, requieren de una intervención preventiva”³⁵⁴. Es un estado que “se caracteriza por altos niveles de excitación y angustia, con la sensación de no poder hacer frente a las demandas del trabajo”³⁵⁵ y que se manifiesta de manera diversa “a través de mecanismos emocionales (sentimientos de ansiedad, apatía, etc.), cognitivos (dificultad para la concentración, la creatividad o la toma de decisiones, etc.), conductuales (abuso de alcohol, tabaco, drogas, violencia, etc.), y fisiológicos (reacciones neuroendocrinas)”³⁵⁶.

de Salud Laboral. Organización del Trabajo, factores psicosociales y salud, realizado en Barcelona en octubre de 2007.

³⁵³ AA.VV. (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, Edita Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Madrid, 2012, pp. 21-22, accesible en: <http://publicaciones.isciii.es/unit.jsp?unitId=enmt>

³⁵⁴ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, cit., p. 7.

³⁵⁵ ROMERAL HERÁNDEZ, J., “Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 98, Monográfico sobre los Riesgos Psicosociales, 2012, p. 167. En el mismo sentido, INSHT, NTP nº 318, “El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral”, p. 2, accesible en: <http://www.insht.es>

³⁵⁶ AA.VV. (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, cit., p. 22.

Todos los trabajadores son en alguna medida vulnerables al estrés pero si este riesgo psicosocial afecta en mayor medida a un trabajador debido a determinadas y específicas circunstancias personales, como es el supuesto por regla general de las PCDM, “nos hallaríamos, propiamente, ante un trabajador especialmente sensible, para cuya protección no resultaría suficiente la mera adecuación del trabajo, resultando necesario llevar a cabo otras medidas preventivas adicionales”³⁵⁷ que estudiaremos en el siguiente apartado.

A nivel normativo, los riesgos psicosociales han tenido escasa presencia³⁵⁸ pues como indica RIVAS VALLEJO la legislación laboral dedica una atención preferente a la prevención de aquellos riesgos de carácter físico frente a los de carácter psicológico de ahí que hayan tenido “un papel muy secundario hasta el siglo XXI”³⁵⁹. En Europa no existe una legislación específica sobre dichos riesgos como sí la hay para otras materias como los agentes químicos, el ruido, los equipos de trabajo o los centros de trabajo móviles o itinerantes³⁶⁰. No obstante, ello no significa que exista un vacío legal dado que las normas y principios generales de la PRL son de aplicación directa a todos los riesgos laborales “sin necesidad de que medie un desarrollo reglamentario de los mismos”³⁶¹. La LPRL no es especialmente explícita en la definición de los riesgos psicosociales. Conforme al artículo 4.2 de dicho cuerpo legal, por riesgo laboral se entiende “La posibilidad de que un trabajador sufra un determinado

³⁵⁷ MERCADER UGUINA, J.R., “Prólogo” a la monografía de MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., pp. 16-17.

³⁵⁸ VELÁZQUEZ, M., “Las inspecciones de Trabajo europeas ante los riesgos psicosociales”, cit., p. 145.

³⁵⁹ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, cit., pp. XIII-XIV.

³⁶⁰ VELÁZQUEZ, M., “Las inspecciones de Trabajo europeas ante los riesgos psicosociales”, cit. pp. 146-147.

³⁶¹ VELÁZQUEZ, M., “Las inspecciones de Trabajo europeas ante los riesgos psicosociales”, cit. p. 147.

daño derivado del trabajo” y la doctrina³⁶² mantiene que los factores que pueden generar los riesgos psicosociales se pueden entender recogidos en el artículo 4.7 LPRL cuando define como “condición de trabajo” “cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador” y entre ellas, indica “todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”.

Pese a no tener valor normativo son de gran ayuda las Notas Técnicas de Prevención (NTP) elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) que, como se sabe, son accesibles en Internet y, de ellas, una treintena larga se refieren en alguna medida a los factores y riesgos psicosociales.

Para completar esta sucinta visión sobre esta clase de riesgos profesionales, debemos detenernos, siquiera sea brevemente, en analizar aquellas condiciones o variables que pueden provocarlos.

2. Variables a evaluar.

Existen múltiples listados de los factores de riesgo psicosocial, también denominados estresores. Algunos autores afirman que los factores que determinan preferentemente el estrés en el trabajo serían similares en todos los países de la UE: 1º) Demandas externas; 2º) Compañeros de trabajo; 3º) El control por los superiores; 4º) Los objetivos de productividad y 5º) factores técnicos como las máquinas o equipos empleados, por lo que se apuntan como principales factores los que tienen carácter personal y no tanto en los que

³⁶² RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, cit., p. 20; También, ROMERAL HERÁNDEZ, J., “Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva”, cit., p. 166.

residen en las propias características o exigencias del trabajo en sí mismo³⁶³. Por su parte, otros identifican los factores de riesgos psicosocial con³⁶⁴:

- a) Bajo control sobre el contenido de las tareas, que englobaría el nivel de creatividad del puesto de trabajo y de decisión (control de ritmos y tiempos de trabajo);
- b) Altas exigencias psicológicas, en la que se podría incluir tanto el volumen de trabajo y la relación cantidad/tiempo disponible/interrupciones como las exigencias emocionales, cognitivas y sensoriales o la carga de responsabilidad.
- c) Poco apoyo social de los compañeros y superiores.
- d) Las compensaciones del trabajo o las recompensas que obtiene son escasas (estatus, estima, salario, etc.).
- e) Doble presencia o dobles jornadas de las mujeres, especialmente por el cuidado de la familia.

Mas como indica RIVAS VALLEJO, “Existen casi tantas clasificaciones como autores dedicados a su análisis”³⁶⁵ y, por ello, nosotros hemos optado por seguir las pautas del INSHT en su NTP número 318³⁶⁶ que diferencia entre estresores internos y externos e indica que, aunque para muchos autores los segundos, esto es, las demandas del trabajo y todo tipo de exigencias y características del oficio y de la organización de la empresa son los que originarían de forma primordial y por encima de todo lo demás el estrés, no es

³⁶³ PAOLI, P., PARENT-THIRION, A., *working conditions in the acceding and candidate countries*, Office for Official Publications of the European Communities, 2003, citado por RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos de character psicosocial*, cit., pp. 14-15.

³⁶⁴ MONCADA I LLUIS, S., “Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva”, cit., pp. 28-30.

³⁶⁵ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, cit., p. 20.

³⁶⁶ INSHT, NTP nº 318, “El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral”, pp. 2-3, accesible en: <http://www.insht.es>.

menos cierto que los estresores individuales tienen también mucha relevancia dado que “la consideración única de estos aspectos exteriores dejaría sin explicación las diferentes reacciones individuales de sujetos en una misma situación laboral”³⁶⁷. Pues bien, siguiendo a este documento técnico, los estresores externos provenientes de las características del puesto de trabajo y de la organización de la empresa se podrían destacar los dieciséis factores siguientes³⁶⁸:

- 1) **“Sobrecarga de trabajo:** El volumen, la magnitud o complejidad de la tarea (y el tiempo disponible para realizarla) está por encima de la capacidad del trabajador para responder a esa tarea.
- 2) **Infracarga de trabajo:** El volumen del trabajo está muy por debajo del necesario para mantener un mínimo nivel de activación en el trabajador.
- 3) **Infrautilización de habilidades:** Las actividades de la tarea están por debajo de la capacidad profesional del trabajador.
- 4) **Repetitividad:** No existe una gran variedad de tareas a realizar (son monótonas y rutinarias) y/o son repetidas en ciclos de muy poco tiempo.
- 5) **Ritmo de trabajo:** El tiempo de realización del trabajo está marcado por los requerimientos de la máquina, concediendo la organización poca autonomía para adelantar o atrasar su trabajo al trabajador.
- 6) **Ambigüedad de rol:** Existe una inadecuada información al trabajador sobre su rol laboral y organizacional.

³⁶⁷ INSHT, NTP n° 318, cit., p. 2.

³⁶⁸ ÍDEM, pp. 2-3.

- 7) **Conflicto de rol:** Existen demandas conflictivas, o que el trabajador no desea cumplir. Oposición ante las distintas exigencias del trabajo, conflictos de competencia.
- 8) **Relaciones personales:** Problemática derivada de las relaciones (dependiente o independientes del trabajo) que se establecen en el ámbito laboral tanto con superiores y subordinados como con compañeros de trabajo.
- 9) **Inseguridad en el trabajo:** Incertidumbre acerca del futuro en el puesto de trabajo (despido).
- 10) **Promoción:** La organización dificulta o no ofrece canales claros a las expectativas del trabajador de ascender en la escala jerárquica.
- 11) **Falta de participación:** La empresa restringe o no facilita la iniciativa, la toma de decisiones, la consulta a los trabajadores tanto en temas relativos a su propia tarea como en otros aspectos del ámbito laboral.
- 12) **Control:** Existe una amplia y estricta supervisión por parte de los superiores, restringiendo el poder de decisión y la iniciativa de los trabajadores.
- 13) **Formación:** Falta de entrenamiento o de aclimatación previo al desempeño de una determinada tarea.
- 14) **Cambios en la organización:** Cambios en el ámbito de la organización que suponga por parte del trabajador un gran esfuerzo adaptativo que no es facilitado por la empresa.
- 15) **Responsabilidad:** La tarea del trabajador implica una gran responsabilidad (tareas peligrosas, responsabilidad sobre personas...).
- 16) **Contexto físico:** Problemática derivada del ambiente físico del trabajo, que molesta, dificulta e impide la correcta ejecución de las

demandas del trabajo y que en algunos momentos por su peligrosidad puedan provocar en el individuo un sentimiento de amenaza.”

Como concluye RIVAS VALLEJO, “Estas variables conforman el conjunto de puntos de incidencia sobre la salud mental del trabajador. Por lo tanto, si se controlan todas ellas, se puede dominar el riesgo con una adecuada política organizativa en la empresa”³⁶⁹.

Existen otros temas que también merecen reseñarse, fundamentalmente internos de la persona, en los que nosotros no vamos a entrar, tales como las expectativas que el trabajador deposite en el trabajo en relación a lo que éste le ofrece; el síndrome de *burn out* por “estar quemado con el trabajo”; la precariedad laboral como fuente de inseguridad; la competitividad en el mismo; o la asunción de dobles cargas de trabajo también denominado “work life balance”. Evidentemente, son cuestiones importantes y qué duda cabe que son generadoras de estrés pero nuestro objetivo entendemos que se debe centrar en analizar más la organización empresarial que las cuestiones internas del empleado pues eso indicará que ya está felizmente trabajando.

Por otra parte, otros elementos que pueden provocar alteraciones psicosociales están en conexión con las relaciones sociales dentro de la empresa y, en especial, situaciones conflictivas bien con clientes, bien con compañeros o superiores. En esta parcela estarían los diversos acosos (sexual, psicológico, etc.). Mas no entraremos tampoco en ello dado que suelen precisar un tiempo de estancia en la empresa con lo que el objetivo de análisis de esta obra, que se centra en la promoción de la inclusión laboral de las PCDM, ya estaría cumplido.

Por último, habría otros factores que son estudiados como generadores de riesgos psicosociales como la emigración, las diferencias sociales, la distancia al centro de trabajo, el síndrome postvacacional, el envejecimiento de la

³⁶⁹ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, cit., p. 23.

población activa y sus dificultades tecnológicas, el factor de género, etc. en los que tampoco nos detendremos por no ser característicos de las dificultades de inserción laboral de las PCDM.

Por tanto, nos centraremos en los elementos de la organización y de la tarea para ver cómo deberían adaptarse, si es ello posible, a las capacidades de las PCDM para promover su incorporación a la empresa. Y como toda adaptación psicosocial del puesto de trabajo tiene su origen en una evaluación de riesgos laborales (art. 16 LPRL), debemos hacer alguna referencia inicialmente los métodos para procurar dicha evaluación de los factores de riesgo psicosocial que hemos presentado en este punto.

3. Métodos de evaluación (remisión).

Dada la complejidad de este tema, sobre todo por su carácter extraordinariamente técnico y especializado y el objeto de nuestro trabajo, únicamente haremos una breve reseña y remisión sobre los métodos para realizar la evaluación de riesgos psicosociales.

Conforme al artículo 15.1 a) LPRL la primera obligación de las empresas en esta materia es la de identificar y analizar las condiciones de trabajo que favorecen la aparición de riesgos psicosociales (valorar indicadores laborales y médicos de posible riesgo psicosocial), y sólo en el caso de que existan, se procedería a su evaluación. De esta manera, se establecen dos niveles de exigencia diferenciados: un nivel básico de identificación y análisis, y un nivel avanzado de evaluación propiamente dicha.

De acuerdo con el art. 3 del Reglamento de los Servicios de Prevención, Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, (en adelante, RSP) la evaluación de

riesgos laborales, entre ellos los psicosociales³⁷⁰, es el *proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión adecuada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas a adoptar*. Asimismo, de conformidad con el art. 5.1 de este mismo cuerpo legal, para realizar dicha evaluación se necesita un método, procedimiento o instrumento válido de medida y valoración, que permita obtener información y llevar a cabo el análisis de las condiciones de trabajo. Se precisa seleccionar, pues, el método más adecuado porque proporcione confianza en los resultados de la Evaluación (art. 5.2 RSP). El procedimiento terminará con la valoración del riesgo existente en función de criterios objetivos de valoración, según los conocimientos técnicos existentes, o consensuados con los trabajadores, de manera que se pueda llegar a una conclusión sobre la necesidad de evitar o de controlar y reducir el riesgo.

En relación al método de evaluación, como quiera que la ley permite para los casos en que se haya previsto un instrumento o método específico, el uso de cualquier método disponible que reúna el requisito antedicho de proporcionar confianza (art. 5.3 RSP), se autoriza a recurrir bien a las Guías del INSHT, bien a normas ISO, normas internacionales o provenientes de las instituciones competentes de las Comunidades Autónomas.

En el momento actual ya existen varios métodos de evaluación en materia de riesgos psicosociales (el cuestionario WOCCQ de medición del estrés de la Universidad de Lieja; el método ISTAS 21, adaptación del método CoPsoQ o Cuestionario Psicosocial de Copenhague; el cuestionario FPSICO del INSHT o, en fin, el Método del Instituto de Ergonomía de Mapfre, etc.). Como antes ya se indicó, dado su carácter extraordinariamente técnico, únicamente haremos referencia a los estudios en los que dichos métodos son reseñados. Para ello, dentro de la doctrina iuslaboralista puede consultarse la obra de RIVAS

³⁷⁰ INSHT, NTP 443, Factores Psicosociales: metodología de evaluación, 2001. Accesible en: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_443.pdf

VALLEJO que recoge hasta 14 métodos³⁷¹ y, por otra parte, también recomendamos la *Guía de buenas prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*³⁷². En ambos se recogen con solvencia los métodos de evaluación existentes que deberán utilizar los especialistas en medicina del trabajo o los técnicos de prevención que vayan a realizar la evaluación de riesgos laborales en la empresa. Baste indicar al respecto cómo cada método recoge ciertas variables o factores de riesgo psicosocial, utilizando unos una técnica de investigación cuantitativa y otros una más cualitativa. En este sentido, reseñamos el Cuestionario FPSICO³⁷³ que incide sobre las siguientes siete variables: carga mental, autonomía temporal, contenido del trabajo, supervisión-participación, definición de rol, interés por el trabajo y relaciones personales.

Independientemente de cuál sea el método de evaluación elegido, nosotros nos centraremos en analizar la interacción entre los problemas de salud mental del trabajador y aquellos aspectos organizativos y de la tarea que pueden verse más afectados por su discapacidad mental.

D. La adaptación psicosocial del puesto de trabajo

Como antes indicamos, la empresa debe establecer por un lado, una razonable adaptación del puesto de trabajo a la PCD seleccionada (ex art. 15.1 d) LPRL en coordinación con la normativa de los ajustes razonables recogidos en los artículos 2.m y 23.2 y 3 LGD) y, por otro, un nivel de Seguridad y salud de los trabajadores adecuado. Para ambas obligaciones tendrá en cuenta, como

³⁷¹ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos de carácter psicosocial*, cit., en especial, pp. 97-104.

³⁷² AA.VV., (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, cit., pp. 24-31.

³⁷³ La versión actual de esta aplicación informática, disponible en <http://www.insht.es>, es la 3.1 publicada en 2014.

recuerda la STS de 25 de junio de 2008³⁷⁴, los riesgos laborales que puedan aparecer como consecuencia tanto de las condiciones objetivas del puesto de trabajo (los equipos que se utilicen en el mismo, el ambiente en el que se desarrolla, etc., factores que hemos concretado en el punto anterior), como las condiciones subjetivas de las personas que van a desarrollar esa concreta tarea. Por consiguiente, se partirá del binomio puesto de trabajo/características del trabajador que lo va a desarrollar para concretar la evaluación de riesgos laborales y para determinar hasta qué punto es precisa la adaptación del mismo.

Desde el momento en que la empresa conoce que el trabajador seleccionado tiene una discapacidad mental debe poner en marcha una evaluación de riesgos y vigilancia de la salud específicas para dar cumplimiento efectivo a los artículos 15, 16, 22 y 25 de la LPRL. De la Vigilancia de la Salud nos encargaremos en el punto siguiente y de ella ahora sólo hemos de indicar que puede ser el medio por el cual la empresa conozca la enfermedad mental del nuevo empleado.

En principio, todo puesto de trabajo que desempeñe un TCDM es susceptible de ser adaptado y de hecho, también como regla general, necesitará ser modificado en alguna medida para adecuarse a las características del empleado con discapacidad mental.

Las adaptaciones pueden ser múltiples y variadas por lo que es preciso individualizar a cada supuesto el contenido de la protección que debe recibir cada TCDM³⁷⁵. La doctrina se ha acercado en pocas ocasiones a la adaptación del puesto de trabajo para personas con problemas de salud mental. En cambio,

³⁷⁴ Recurso 70/2007, RJ 4.678/2008.

³⁷⁵ En el mismo sentido, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, cit., especialmente p. 12: “Las distintas enfermedades mentales pueden necesitar respuestas diferentes” y p. 14: “Adapte los planes y las acciones a las necesidades de la persona afectada” y “No piense en un plan universal cada plan ha de personalizarse”.

sí hay abundantes trabajos sobre prevención de riesgos laborales y las PCD en general que suelen obviar la problemática específica de la discapacidad mental resultando ser un ejemplo más de la postergación de este tipo de discapacidad frente a la intelectual y, sobre todo, la física y sensorial. También hay ya obras que analizan los riesgos psicosociales que pueden afectar a cualquier trabajador³⁷⁶; pero son pocos ciertamente los trabajos que se encargan específicamente de los problemas de Seguridad y salud de los TCDM. Siguiendo la literatura científica existente sobre la materia, que repetimos no es mucha y casi toda se acerca desde el ámbito de la psicología o la medicina, nos atrevemos a adaptar sus indicaciones técnicas al prisma jurídico-laboral en las líneas siguientes.

En efecto, existen una serie de estudios que tratan de la seguridad y salud para el conjunto de los TCD pero no entran en la problemática de la salud mental³⁷⁷. Incluso un interesante trabajo del CEE Lantegui Batuak³⁷⁸, que parte tanto del perfil del puesto de trabajo como de la persona que lo va a ocupar, tratando de casar ambos perfiles para identificar qué escenario se concluye de manera individual, pudiéndose dar una triple alternativa: bien una situación indeseable, que lleva incluso a no permitir la actividad laboral de esa PCD en ese puesto de trabajo; bien mejorable, que precisa por tanto adaptaciones concretas del puesto para ser desempeñado por el trabajador seleccionado; o

³⁷⁶ Vid., por todos, los ya citados de RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Granada, 2009; y MONCADA I LLUIS, S., “Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva”, en AA.VV., (Director AGUSTÍ JULIÀ, J.), *Riesgos psicosociales y su incidencia sobre las relaciones laborales y seguridad social*, Congreso General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

³⁷⁷ Vid. INSHT, NTP 490, *Trabajadores minusválidos: diseño del puesto de trabajo*, 25/08/2003. También, FUNDACIÓN ONCE, *Seguridad y salud en el trabajo para personas con discapacidad*, editado por la propia Fundación, Madrid, 2004, Accesible en: <http://repositorio.fundaciononce.es/seguridadysalud/CDFundacion/ESPA%C3%91OL/1-PRESENTACI%C3%93N%20INSTITUCIONAL/A1%20PRESENTACI%C3%93N%20INSTITUCIONAL.pdf>

Un tercer trabajo, muy citado por cierto, es el de SANTOS GUERRA, J. J., “Evaluación de riesgos para trabajadores discapacitados”, *Revista del INSHT*, nº 16, 2001, pp. 18-36. Accesible en: <http://www.insht.es>.

³⁷⁸ LANTEGUI BATUAK, *Método de perfiles de adecuación de la tarea a la persona*, 3ª edición, 2010, editado por este Centro Especial de Empleo y accesible en: <http://www.lantegi.com/>.

bien la situación ideal de acoplamiento idóneo entre ambos perfiles. Pues bien, en este trabajo, a pesar de que se contempla en el perfil de la persona la discapacidad por enfermedad mental, luego apenas hay un auténtico recorrido para la adaptación necesaria del puesto de trabajo. Es más, este documento contiene dos anexos: uno habla de las variables para las PCD física o sensorial y en el otro se diseña una prueba adaptada a la discapacidad psíquica que únicamente está pensada para la intelectual. Como se ve, la adaptación psicosocial del puesto de trabajo específica para trabajadores con problemas de salud mental no se abarca en los trabajos que versan sobre la seguridad y salud de las PCD.

Por su parte, vemos interesante la Guía para empleadores relativa a la Salud Mental y Empleo elaborada por el INSHT³⁷⁹ que establece una serie de recomendaciones que, pese a estar pensadas para personas con problemas de salud mental leves o moderados, desde nuestro punto de vista son perfectamente aplicables en gran medida para las que sufren una discapacidad mental o trastorno mental grave. Como su propio título indica, se trata de una guía diseñada para empresarios pretendiendo resaltar los temas más destacados, sobre todo las áreas de apoyo principales y las mejores prácticas realizadas en este ámbito.

Además de lo anterior, siguiendo lo establecido por la OIT “Es posible obtener asesoramiento y orientación sobre los ajustes apropiados [del puesto de trabajo] recurriendo a los servicios de colocación o a organismos especializados, incluidas las organizaciones integradas por personas con discapacidades o las organizaciones al servicio de éstas. Cuando se necesiten, estos ajustes deberían planificarse en consulta con todos los trabajadores, discapacitados o no, e introducirse con el acuerdo de los representantes de los trabajadores y de los

³⁷⁹ INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012. Accesible en: http://www.insht.es/PromocionSalud/Contenidos/Promocion%20Salud%20Trabajo/Ambitos/ficheros/SaludMental_Empleo_GuiaEmpleadores.pdf

trabajadores con discapacidades afectados”³⁸⁰. Por tanto, como indica la organización radicada en Ginebra, habría cinco instancias a la que recurrir para asesorarse sobre las adaptaciones precisas de un determinado puesto de trabajo ocupado por una PCDM, a saber: las entidades especializadas en la intermediación laboral; las organizaciones que representan a las propias personas con enfermedades mentales graves; el conjunto de los trabajadores de la empresa; los representantes de los trabajadores y, en fin, la propia PCD. Desde nuestro punto de vista el orden debe ser totalmente el inverso, respetando en todo caso la intimidad del nuevo TCDM:

En primer término, para pensar en las concretas adaptaciones de un puesto de trabajo, lo primero debe ser que los servicios especializados de Seguridad y salud en el Trabajo de la empresa pregunten a la propia PCDM³⁸¹. En efecto, dado que se requiere un enfoque muy individualizado es muy importante que se pregunte y se escuche a la persona afectada por el problema de salud mental. Es más, no podría aceptarse ninguna modificación del puesto de trabajo que no estuviera previamente debatida y, en la medida de lo posible, consensuada con el TCDM. Ello será un elemento imprescindible para el mantenimiento del puesto de trabajo de la PCDM. No se olvide que, como se indicó en el primer capítulo de esta obra, el trabajo es un aspecto de vital importancia para la recuperación y encauzamiento del problema de salud mental de la persona. En definitiva, el protagonista debe ser la propia PCDM³⁸².

³⁸⁰ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, pp. 25-26, accesible en: <http://www.ilo.org>.

³⁸¹ En la misma línea, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, cit., pp. 12-13.

³⁸² Este es un ejemplo claro de aplicación del “Recovery”, nuevo paradigma en la intervención social con las personas con problemas de salud mental en la que se considera a éstas más como ciudadanos que toman sus decisiones que como meros pacientes, sujetos a las prescripciones que otros hacen sobre su vida. Sobre el particular, ya citado, VÁZQUEZ VALVERDE, C. y NIETO MORENO, M., “Rehabilitación en salud mental: viejos problemas y nuevas soluciones”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., especialmente pp. 74 y 75.

A continuación, también debe consultarse a los representantes de los trabajadores para que se impliquen en el particular, sobre todo aquellos que tengan alguna responsabilidad en el ámbito de la PRL (delegados de prevención, Comité de Seguridad y salud) con lo que la confidencialidad del tema debe quedar asegurada; a continuación, al resto de trabajadores, siempre desde un plano general y sin señalamientos que puedan estigmatizar al nuevo empleado con discapacidad mental. El conjunto de los trabajadores de la empresa puede tener un papel protagonista en relación a una de las medidas que luego se expondrán como es el plan de acogida en la empresa. Por último, la empresa deberá asesorarse tanto por las organizaciones que representen a las PCDM como los servicios especializados de inclusión laboral. La idea fundamental es conseguir incluir dentro de la planificación de los riesgos laborales de la empresa (art. 14.e LPRL), las adaptaciones o apoyos que precisan las PCDM para realizar con garantías su puesto de trabajo.

En este contexto, y sin perjuicio de la necesidad de realizar la evaluación de carga mental y riesgos psicosociales habitual de la empresa³⁸³, estamos en disposición de analizar cuáles son las principales medidas para la adaptación psicosocial del puesto de trabajo para las PCDM que serían las siguientes:

Comenzando por lo más general y siguiendo las pautas de la OIT los ajustes del puesto de trabajo para conseguir la máxima potencialidad de las PCD, deben realizarse “en el lugar de trabajo, en el sitio de trabajo y en las condiciones de trabajo”³⁸⁴. Para el supuesto específico de las PCDM entendemos que dichos ajustes lo son más en las últimas que en lo relacionado con la estructura o arquitectura de la localización, cuestiones estas últimas más

³⁸³ Sobre estas evaluaciones, ver las diversas NTP que desarrollan la materia entre las que destacamos: NTP 349: prevención del estrés: intervención sobre el individuo; n° 438: prevención del estrés: intervención sobre la organización; n° 534: carga mental en el trabajo: factores; n° 575: carga mental en el trabajo: indicadores; n° 659: carga mental en el trabajo: diseño de tareas; n° 860: intervención psicosocial: guía del INRS para agentes de prevención y las 944 y 945: intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales (I) y (II). Todas, como se sabe, accesibles en: <http://www.insht.es>

³⁸⁴ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., pp. 25-26.

importantes para las discapacidades físicas y sensoriales o incluso para las intelectuales. Efectivamente, dado que las PCDM son potencialmente más vulnerables a los riesgos psicosociales y éstos, como ya dijimos, están íntimamente imbricados con la organización de la empresa, el contenido del trabajo y las condiciones en las que se ejecuta la tarea, estas son las cuestiones que debemos examinar. De esta manera, para agruparlas de una manera que facilite su exposición, las condiciones laborales que se podrían adaptar estarían, al menos, relacionadas con las tres siguientes variables:

- 1) El tiempo en el contrato de trabajo, entendida esta condición en su sentido más lato y, por tanto, en la que incluiríamos:
 - a. La duración del contrato laboral y, en concreto, del período de prueba.
 - b. La duración de la jornada de trabajo.
 - c. El momento en el que se presta la prestación laboral, incluyendo aquí la turnicidad.
 - d. Tiempos del trabajador para adaptarse a determinados cambios en las funciones del puesto de trabajo.
- 2) La acogida en el puesto de trabajo que incluirá una específica formación para el trabajador.
- 3) Las posibilidades de apoyo y seguimiento de su trabajo por profesionales sociosanitarios.

No descartamos que pueda haber otros ajustes pero sin duda, siguiendo la literatura científica, estos que se han indicado son fundamentales para lograr la adaptación psicosocial del puesto de trabajo para las PCDM y, por ello, pasamos a desarrollarlos a continuación.

1) Las adaptaciones del puesto de trabajo relacionadas con el tiempo de trabajo

Como se sabe, el tiempo es un factor “decisivo” en la ordenación del contrato de trabajo pues satisface un interés duradero³⁸⁵. La trascendencia de este elemento lo es no sólo en el aspecto cuantitativo –que se trabaje más o menos-, sino también en el cualitativo –distribución de la jornada, flexibilidad, etc.-, con especial repercusión en los hábitos de vida, en el ocio y en las relaciones familiares por lo que su impacto social, familiar y humano es de primera magnitud³⁸⁶.

Para este estudio, entendemos el tiempo de trabajo en su concepción más extensa por lo que debemos analizar, como antes dijimos, las siguientes variables:

a. La duración del contrato laboral y, en concreto, del período de prueba

a') Que el contrato de trabajo sea de la mayor duración posible es una cuestión que, sin duda, es querida por la inmensa mayoría de la clase trabajadora. Ello asegura la supervivencia del trabajador y su familia y de ahí la importancia no sólo desde un punto de vista individual –para el concreto empleado-, sino también colectivo para la sociedad en su conjunto. Por ello, que las relaciones laborales sean de duración determinada conlleva

³⁸⁵ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 35ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 336. Para un estudio detallado sobre la institución del tiempo de trabajo, vid. ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988 y, también, SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (Coord.: DE LA VILLA GIL, L. E.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.

³⁸⁶ CASTRO CONTE, M., “Riesgos psicosociales y su relación con los tiempos de trabajo y salario”, cit., p. 75.

una inseguridad para el mantenimiento a futuro de las obligaciones vitales del trabajador (pagar alojamiento, hacer frente a sus responsabilidades familiares, etc.), por lo que es un elemento generador de estrés³⁸⁷ para toda persona y, qué duda cabe, que puede afectar en mayor medida a las PCDM dada su mayor vulnerabilidad al mismo. En tal sentido, que el contrato laboral sea de la mayor duración posible sería un elemento que ayude especialmente al TCDM a realizar su prestación con mayor solvencia e influiría en el mantenimiento de su puesto de trabajo y en la satisfacción del empresario con su rendimiento. Evidentemente, esta es una cuestión promovida y buscada desde hace décadas por las organizaciones sindicales y de representación de las PCD con escaso éxito por la influencia de factores de índole económico³⁸⁸.

b') En otro orden de cosas aunque relacionado también con la duración del contrato de trabajo, debemos hacer costar una necesidad que tienen por regla general los TCDM, a saber: con mucha frecuencia su relación laboral se trunca en los primeros días de vida debido a que, por motivos relacionados con su discapacidad, el rendimiento laboral del trabajador no es todo lo satisfactorio que a la empresa le gustaría y, por ello, ésta ejerce su derecho a romper el vínculo laboral durante el período de prueba. Tal como indicamos en el primer capítulo de esta obra, si la discapacidad mental afecta fundamentalmente en los momentos de cambio, dificultando o retrasando la aclimatación a la nueva situación a la que se expone la PCDM y provoca

³⁸⁷ RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de riesgos laborales de carácter psicosocial*, cit., pp. 26-27.

³⁸⁸ Según las últimas estadísticas publicadas correspondientes al primer trimestre de 2015, pese a que los contratos indefinidos han experimentado un incremento de más del 24% en relación al año anterior, nueve de cada diez contratos que se firman en España son temporales. Un resumen de esta información puede encontrarse en: <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf>.

“toda una cohorte de fallos en el funcionamiento psicosocial”³⁸⁹, es muy frecuente que su productividad laboral los primeros días del contrato no sea la que la persona puede llegar a tener siquiera pasada una semana. Que el contrato de trabajo pueda durar, como mínimo, unos días para que el TCDM se aclimate y logre gestionar las emociones y, de esta manera, pueda tener un comportamiento productivo satisfactorio, es una cuestión con mucha trascendencia para las PCDM que afecta de lleno a la institución del período de prueba y, por ello, merece un análisis pormenorizado.

Como ya señalara MARTÍN VALVERDE, el período de prueba es una institución concebida, primera y fundamentalmente para “la verificación de la aptitud del trabajador mediante la experimentación de la relación de trabajo” y, en segundo término, para permitir al empresario complementar determinadas actividades formativas del trabajador y a ambas partes fijar el contenido del contrato³⁹⁰. De ahí que sea como se ha dicho por algún autor “un instrumento para facilitar la selección del personal en un ordenamiento como el español en el que la extinción contractual debe ser causal”³⁹¹. Sobre estas funcionalidades existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia incluso la constitucional más reciente³⁹². Ahora bien, si como indica el citado célebre autor, en algunas ocasiones “la consecución de una aptitud completa para un puesto de trabajo determinado o, si se quiere, la

³⁸⁹ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 83.

³⁹⁰ MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 149 y 154, respectivamente.

³⁹¹ BALLESTER PASTOR, M^a. A., *El período de prueba*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 9.

³⁹² Vid. STC 119/2014, de 16 de julio de 2014. Esta sentencia resuelve desestimando una cuestión de inconstitucionalidad sobre el período de prueba de un año “en todo caso” en el novedoso contrato indefinido de apoyo a los emprendedores que es creado y regulado por la Reforma laboral de 2012. Sobre este tema, con anterioridad a la sentencia del Alto Tribunal, vid., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación”, en AA.VV. (Directores: MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 49-100, especialmente pp. 70-76.

adecuación de un trabajador a las necesidades específicas de una concreta función laboral puede exigir, habida cuenta de la maleabilidad de las actuales organizaciones productivas, la superación de una primera etapa de ambientación o acomodación de cierta complejidad”³⁹³, ello se da con especial intensidad para las PCDM que precisarán, como antes se dijo, un tiempo de aclimatación necesario para poder dar su mejor versión en aras a la producción de la empresa. De lo que se deduce la necesidad de la adaptación de la institución del período de prueba para lograr la inclusión laboral efectiva de la PCDM en el sentido siguiente: el pacto de prueba, pese a la redacción neutra del artículo 14 ET, es una figura que beneficia fundamentalmente a la empresa³⁹⁴ al atribuirle la prerrogativa de libre extinción de la relación laboral siendo este, como se sabe, el único momento del contrato de trabajo en el que puede darse tal extinción de iniciativa empresarial ad nutum y sin generar derecho a una indemnización. De hecho, como ya se ha dicho, el período de prueba sólo tiene sentido en una estructura jurídica como la nuestra en que la rescisión empresarial no es libre³⁹⁵. Nuestro sistema está basado en el importante Convenio 158 OIT³⁹⁶ cuyo artículo 4 dispone: “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” del que sólo se exceptiona ex art. 2.2 del mismo Convenio cuando, entre otros supuestos, a “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicio

³⁹³ MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, cit., p. 149.

³⁹⁴ BALLESTER PASTOR, M^a. A., *El período de prueba*, cit., p. 12, que cita a su vez a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Naturaleza jurídica del periodo de prueba”, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, III, Madrid, 1961, pp. 103 y ss.

³⁹⁵ DURÁN LÓPEZ, F., “El período de prueba”, *Relaciones Laborales*, 12, 1988, p. 91.

³⁹⁶ Convenio 158 OIT, sobre la terminación de la relación laboral, adoptado en Ginebra en la 68^a reunión, el 22 de junio de 1982, al que se une la Recomendación número 166 de misma fecha y título, que vienen a sustituir ambos a la Recomendación de 1963. Ratificado por España con fecha de 16 de febrero de 1985 y publicado en BOE de 29 de junio del mismo, queda integrado en nuestro ordenamiento jurídico tal como establece el artículo 96.1 CE.

mínimo exigido”, siempre que, en ambos casos, “la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”.

Pues bien, este instituto que, como se ha visto, cumple las finalidades antedichas y, específicamente, la de salvaguardar los intereses empresariales ante una selección de un trabajador no del todo satisfactoria, puede resultar muy perjudicial para las PCDM si se utiliza cuando éstas, por motivos de su discapacidad, no han podido llegar a dar el máximo de su rendimiento laboral. Es decir, como la discapacidad mental conlleva para quien la padece una limitación para acoplarse a un nuevo trabajo y provoca que se retarde el tiempo que podrá alcanzar su óptima productividad -si se compara con el resto de trabajadores sin discapacidad o, incluso de otros tipos de discapacidades-, precisa de alguna medida “para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo” (art. 40 LGD). Tal medida consistiría, simplemente, en impedir durante unos pocos días que el empresario pueda rescindir el contrato de trabajo durante el inicio del período de prueba hasta que pase un tiempo razonable, transcurrido el cual, de mantenerse un pobre rendimiento laboral se pueda considerar que la PCDM ya debería ejercer su trabajo de manera más satisfactoria para la empresa y, por ello, se permita ejercer la extinción contractual sin derecho a indemnización y sin alegar causa. Lo que se plantea, pues, es que cuando se pacte el período de prueba en un contrato de trabajo se adapte esta figura para que, además de servir al interés empresarial y permitir la rescisión ad nutum, pueda también posibilitar un tiempo mínimo de experimentación para que la PCDM pueda adecuarse a las necesidades específicas de un determinado puesto de trabajo en una singular empresa y llegar a poder alcanzar su mejor comportamiento laboral sin el miedo a que antes de conseguirlo se extinga su contrato de trabajo. De esta manera, para las PCDM el período de prueba tendría un fundamento más equilibrado, al servir a intereses de las dos partes del vínculo laboral.

La operación jurídica que se propone que tiene un hondo calado al provocar la limitación del derecho empresarial a la extinción contractual durante una parte del período de prueba, se hace en consonancia con los artículos 5 de la Directiva 2000/78³⁹⁷, 40.1 y 2 y 63 a 67 de la LGD. El razonamiento jurídico clave es que, como ya se argumentó en los capítulos I y II de esta obra, las PCDM precisan de medidas de apoyo adicionales para conseguir la igualdad de oportunidades real y efectiva en el ámbito laboral y permitirles “acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario” (art. 40.2 LGD).

Evidentemente, la clave para interpretar que la medida se pueda entender como razonable y, por ello, que no impone una carga excesiva al empresario, está en la duración del tiempo que se limite la posibilidad de rescisión ad nutum. Como quiera que, tal como establece la regulación actual del artículo 14 ET, la propia duración del período de prueba en el contrato laboral ordinario (bien sea este temporal o indefinido), no es siempre la misma, tampoco tendría que ser siempre igual la duración de esta limitación de la extinción contractual por interés empresarial. Ahora bien, entendemos que en ningún caso puede ser menor a una semana y no debería superar las dos o tres semanas de duración. La mayor duración de este límite temporal del veto a la rescisión empresarial ad nutum de la relación laboral en el período de prueba vendrá determinado, entre otras posibilidades, por el tipo de trabajo a realizar, la cualificación y experiencia de la PCDM, el tamaño de la empresa, la existencia de otros apoyos durante los primeros días del contrato para que pueda realizar en pocos días su mejor desempeño profesional, etc.; cuestiones todas estas que difícilmente puedan preverse en este momento en su totalidad por lo que se propone que, salvando el límite mínimo de una semana, la concreta duración de este período clave para la inclusión laboral de las PCDM pueda ser estipulado

³⁹⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L303, p. 16).

bien por la negociación colectiva, bien a nivel técnico por la vigilancia de la salud o por los equipos de prevención de riesgos laborales de la empresa como parte de la adaptación psicosocial del puesto de trabajo.

Introducida las principales cuestiones de la medida que se acaba de proponer, es necesario indicar aunque ello quizá no sea necesario, que la limitación de la extinción contractual por interés de la empresa durante el inicio del período de prueba no afecta, como es obvio, ni a un posible despido disciplinario por un comportamiento del TCDM que pueda estar sujeto a tal sanción ni, tampoco, a extinciones por motivos del funcionamiento de la empresa. Como se ha dicho, se veta exclusivamente la posibilidad durante un número reducido de los primeros días del vínculo laboral a rescindir el contrato de trabajo porque el rendimiento profesional del nuevo TCDM no sea el deseado por la empresa y ello debido a que la discapacidad mental le provoca que precise un tiempo de adaptación al nuevo puesto de trabajo mayor que el resto de los trabajadores que no padecen dicha discapacidad. Sólo puede pensarse en una excepción cual es que la extinción del contrato sea solicitada tras la realización del reconocimiento médico por el servicio de Vigilancia de la Salud de la empresa por determinar la imposibilidad de ejercer ese concreto trabajador el puesto de trabajo para el que fue seleccionado, supuesto del que hablaremos en el apartado siguiente.

Ahora bien, que sea una figura necesaria para la efectiva inclusión laboral de las PCDM no significa que, por regla general se esté obligando a que exista siempre un pacto de prueba sino que, de existir, esta institución debe contar con esta medida para la adaptación psicosocial de la relación laboral de este colectivo.

b. La duración de la jornada de trabajo

Otra posible medida de adaptación psicosocial del puesto de trabajo para PCDM está relacionada con la duración de la jornada de trabajo. En concreto, se trataría de que fuera posible que se redujera el número de horas al día o a la semana que tendría que desempeñar el TCDM para posibilitar su adecuada aclimatación a una nueva relación laboral³⁹⁸. Y ello en relación a lo que en el punto anterior quedó explicitado sobre la necesidad de adoptar medidas de apoyo específicas (medidas de acción positiva) para compensar las desventajas que provoca la discapacidad mental en la persona que la padece (art. 40 LGD), sobre todo en orden a su acoplamiento a los cambios y a un nuevo puesto de trabajo, tal como ya explicamos en el apartado precedente.

La reducción de la jornada laboral puede ser una adaptación necesaria para posibilitar la efectiva inclusión laboral de las PCDM. Ello no debe ser permanente en el tiempo pues si la empresa precisa un trabajador cuya jornada sea a tiempo completo, se podrá establecer que durante un cierto período el TCDM no pueda realizarlo debido a su discapacidad, pero no se le podrá imponer que deba ser desempeñado a tiempo parcial, pues tal ajuste de la relación laboral desde nuestro punto de vista no cumpliría con el canon de razonabilidad exigido por la legislación ex arts. 2.m) y 40.2 LGD pues supondría una carga excesiva para el empresario.

En relación a esta cuestión, debemos reseñar lo que ha indicado el TJUE en su Sentencia de 11 de abril de 2013 ya citada anteriormente en este trabajo, asunto Danmark, en la que resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano jurisdiccional danés sobre si la reducción de tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se

³⁹⁸ HENDERSON, M., et al., “Work and common psychiatric disorders”, cit., p. 201.

refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³⁹⁹. El Tribunal recuerda que tal como dispone dicho artículo, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente. A este respecto, el vigésimo considerando de dicha Directiva realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo. Y pese a que ni el artículo 5 ni el vigésimo considerando mencionan la reducción de tiempo de trabajo, en el apartado 56 de esta resolución judicial el Tribunal llega a la conclusión de que “aunque no estuviera comprendida en el concepto de “pautas de [tiempo de] trabajo”, puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo”. Ello sin perjuicio, tal como indica el apartado 57 de esta sentencia⁴⁰⁰, de que la persona con discapacidad debe ser competente o presentar la capacidad suficiente para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de trabajo que se trate.

Por tanto, teniendo en cuenta lo establecido por el TJUE, la reducción del tiempo de trabajo podría ser una solución idónea de adaptación psicosocial del puesto de trabajo para las PCDM siempre que esta medida sea temporal y les permita aclimatarse mejor al mismo y conseguir su máxima productividad y, de esta manera, su inclusión laboral efectiva.

³⁹⁹ DO L 303, p.16.

⁴⁰⁰ Interpretando el considerando 17 de la Directiva 2000/78 por el cual se indica que “no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”. En nuestro ordenamiento jurídico, el último inciso del artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores sigue la misma línea: “Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

c. El momento en el que se presta la prestación laboral, incluyendo aquí la turnicidad y el trabajo nocturno

Un aspecto clave del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo está relacionado con el momento en que la empresa necesita que se efectúe la prestación laboral. Si tal momento pudiera acoplarse para ajustarse a las necesidades de las PCDM sería un elemento importante para su efectiva inclusión laboral. En concreto para las PCDM son dos los aspectos que, al menos, podrían revisarse para conseguir la adaptación psicosocial del puesto de trabajo a sus necesidades, a saber: por un lado, flexibilizar el horario del trabajador en función de los requerimientos y efectos de la medicación que toman según su patología; y, por otro, las dificultades con la prestación de trabajo a turnos y, específicamente, en el trabajo nocturno que por regla general presentan las PCDM. Analicemos cada uno de estos aspectos por separado con cierto detalle.

a') Para la recuperación de la discapacidad mental debe seguirse, por regla general, un tratamiento farmacológico pautado por un psiquiatra. Esta medicación suele conllevar efectos secundarios de muy distinta naturaleza (los más importante para el ámbito laboral podrían ser sueño, tendencia a engordar, hambre, falta de concentración o empeoramiento de la capacidad cognitiva, dolor de cabeza, malestar general en los primeros días de cambio de medicación, etc.)⁴⁰¹. En ocasiones, un sencillo cambio de horario puede

⁴⁰¹ Sobre los efectos de la medicación en el ámbito laboral, LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., "Rehabilitación laboral y programas de empleo", cit., pp. 515-517. En relación a la esquizofrenia, ÁLAMO GONZÁLEZ, C., CUENCA FERNÁNDEZ, E., LÓPEZ MUÑOZ, F. y GARCÍA GARCÍA, P., "Neurolépticos y fármacos antipsicóticos. Aspectos farmacológicos de la evolución del tratamiento de la esquizofrenia", en CHINCHILLA MORENO, A., *Las esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos y terapéuticos*, Elsevier Doyma, Barcelona, 2007, pp. 375-390. No obstante, como indica YÁÑEZ SÁEZ, R., "La importancia del cumplimiento terapéutico en la esquizofrenia", en CHINCHILLA MORENO, A., *Las esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos y terapéuticos*, cit., p. 534, que "Los nuevos

posibilitar contrarrestar estas consecuencias secundarias de la medicación. De este modo, por ejemplo, si los fármacos hacen que al TCDM le cueste despertarse o que durante las primeras horas del día se encuentre mucho más cansado y falta de concentración, retrasar la hora de entrada al trabajo puede ser una medida de apoyo eficiente. O si se recomienda ingerir alimento junto con la medicación y ésta debe administrarse en medio de la jornada laboral, la recomendación sería permitir una parada en el trabajo para poder llevar a cabo el necesario avituallamiento requerido por la discapacidad. Como quiera que las posibilidades son múltiples y dependerá de la situación de cada persona, la mejor práctica en este ámbito sería reunirse con la PCDM, preguntarle sobre este concreto aspecto, debatir efectos, consecuencias y posibilidades de cambio y pactar lo mejor para ambas partes⁴⁰². Como en otros aspectos, el marco legal de referencia es el artículo 40 LGD y, específicamente, su apartado segundo que indica que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

b') La importancia de unos hábitos de vida saludables y ordenados para la recuperación de las PCDM está fuera de toda duda⁴⁰³. Por regla general, es beneficioso para este colectivo mantener unos ritmos y horarios concretos lo

antipsicóticos tienen un perfil más favorable de efectos secundarios (...) por lo tanto, es previsible un mayor cumplimiento terapéutico en comparación con los antiguos antipsicóticos”.

⁴⁰² En el mismo sentido, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, especialmente pp. 12 y 14.

⁴⁰³ YÁÑEZ SÁEZ, R., “La importancia del cumplimiento terapéutico en la esquizofrenia”, en CHINCHILLA MORENO, A., *Las esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos y terapéuticos*, cit., p. 533 quien sostiene que por cumplimiento debe entenderse no sólo la toma de medicación sino también las pautas higiénicas y de modificación de estilo de vida, la dieta, las revisiones, los tratamientos psicológicos, etc.

que casa mal con la realización de trabajos a turnos, cambiando la hora de desempeño de la prestación laboral con una periodicidad concreta entre el horario de mañana y el vespertino o, incluso, en turnos de mañana/tarde/noche.

En el mismo sentido debe ponerse en entredicho como criterio general la capacidad de las PCDM para la realización del trabajo nocturno debido a la necesidad de dormir quizá un número mayor de horas que la población sin esta discapacidad y de realizarse tal descanso por la noche.

En ambas cuestiones, turnicidad y trabajo nocturno, lo que se ha indicado son las reglas generales pudiendo darse como es lógico excepciones. Es un tema especialmente técnico en el que afectan cuestiones médicas y psicológicas por lo que en este momento debe indicarse únicamente que merecería un estudio detallado sobre el impacto en las enfermedades mentales graves de estos tiempos de procesos productivos. Si la legislación (art. 36 ET) como pauta general, establece limitaciones y mayores obligaciones a la empresa para la seguridad y salud de los trabajadores que realizan estos trabajos, más cuidados deberán proveerse para los TCDM.

d. Tiempos del trabajador para adaptarse a determinados cambios en las funciones del puesto de trabajo

Como ya hemos indicado, la discapacidad mental conlleva la dificultad de la persona que la padece para adaptarse a los cambios y, entre ellos, a las modificaciones en las tareas del puesto de trabajo en comparación con el resto de la población sin discapacidad. Pues bien, en un mundo laboral como el actual en el que se caracteriza, entre otras cuestiones, por la necesidad

empresarial de la movilidad funcional y la polivalencia de los trabajadores⁴⁰⁴, el hándicap que se acaba de comentar que padecen las PCDM es uno de los más influyentes para su efectiva incorporación al mundo productivo. De ahí que deba indicarse alguna regla de apoyo que logre contrarrestar esta desventaja ocasionada por la discapacidad en aras de garantizar la plena igualdad en el trabajo [art. 40 LGD en coordinación con el 2 g) y m) del mismo cuerpo legal] para lo cual, de conformidad con el considerando 20 de la Directiva 2000/78 “Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”.

La medida de apoyo que precisan los TCDM para adaptar su puesto de trabajo a su concreta discapacidad es sencilla de formular: para la movilidad funcional que pueda ordenarse por la empresa ex art. 39 ET como expresión de su poder de dirección (arts. 38 CE y 20 ET) e incluso para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo [art. 41.1 f) ET], deben contar con la capacidad real de adaptación del TCDM procurando, por ello un mayor tiempo para estos trabajadores que para el resto de la empresa de aprendizaje y la posibilidad de establecer otros apoyos más concretos de formación, tutorización de un compañero o semejante del que hablaremos en el punto siguiente. Tal como indica la Guía para Empleadores Salud mental y empleo del INSHT “en períodos de cambios laborales evalúe el impacto en la salud mental para saber cómo estos cambios podrían afectar al bienestar del personal” conminándole a elaborar un plan de acción para minimizar estos riesgos⁴⁰⁵. No hay un criterio para identificar de modo general cuánto tiempo más que el resto de sus compañeros necesitan las PCDM para adaptarse a un cambio de funciones en

⁴⁰⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 426 que literalmente indica: “La ‘movilidad funcional’, que constituye uno de los instrumentos característicos de la moderna flexibilización de las relaciones laborales...”.

⁴⁰⁵ INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, cit., p. 8.

su tarea. La concreción entendemos que debe consensuarse con el trabajador⁴⁰⁶ y como quiera que se trate de una adaptación psicosocial del puesto de trabajo, entendemos que habrá de tenerse en cuenta el criterio técnico de los profesionales de prevención de riesgos laborales y de vigilancia de la salud. Y ello deberá ser tenido en cuenta para flexibilizar o adaptar a su caso los términos del art. 52.b) ET que regula la extinción del contrato por causas objetivas por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto trabajo.

2) La acogida del TCDM en la empresa y, específicamente, la formación

Dentro de la estrategia de gestión de las discapacidades que la OIT promueve que tengan todos los empleadores, como parte de su política general de empleo y su estrategia de desarrollo de recursos humanos⁴⁰⁷, la empresa debe desarrollar “una política que respalde la salud mental en el trabajo”⁴⁰⁸. Los ejes sobre los que giraría serían: 1) compromiso de la alta dirección con los problemas relacionados con las enfermedades mentales de sus trabajadores; 2) Plan de formación específico para los mandos intermedios de la empresa para que reconozcan un tema de salud mental y conozcan el impacto de los trastornos mentales en la capacidad de trabajo de la persona; 3) Evitar el estigma tratando de realizar valoraciones positivas de las personas con problemas de salud mental en su lugar de trabajo; 4) Establecimiento de sistema que permite a todo trabajador poder exponer sus preocupaciones y comunicar

⁴⁰⁶ En el mismo sentido, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, cit., p. 14.

⁴⁰⁷ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., p. 12.

⁴⁰⁸ INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, cit., p. 6.

sus problemas al responsable de área y 5) asegurarse que aquel trabajador que revela su condición de PCDM recibe apoyo.

Estos principios generales el INSHT⁴⁰⁹ los concreta en unas recomendaciones específicas, a saber:

- Formación a todos los recursos humanos y en especial a los TCDM para reconocer los síntomas de la enfermedad mental en uno mismo y en los demás y cómo tratar el problema de forma constructiva;
- Formación específica para los TCDM relacionada con el estrés en el trabajo y su control.
- Programación de entrevistas periódicas y personalizadas con sus supervisores con todos los trabajadores y nosotros entendemos que específicamente para los TCDM para desarrollar un plan de respuesta en caso de sufrir un período de enfermedad mental; en dichas entrevistas, además, se debe comunicar periódicamente la satisfacción de la empresa con su rendimiento profesional y se deben consensuar necesidades de formación permanente para poderse ajustar a los cambios de funciones que puedan darse en la empresa.
- Reuniones entre la PCDM, su supervisor y el servicio de vigilancia de la salud para consensuar posibles modificaciones necesarias en el puesto de trabajo. En dichas reuniones deben comentarse todos los informes que se realicen sobre el trabajador y debe ayudarse al TCDM a hablar de sus dificultades en la realización del trabajo.
- Realizar una formación con los equipos de trabajo que trabaja con un TCDM para solucionar las posibles tensiones y preocupaciones que se puedan dar con este trabajador. Previamente, debe haberse consensuado con la PCDM qué información quieren que conozcan sus compañeros haciéndole ver que en la medida que sus compañeros conozcan el impacto de la enfermedad mental en la persona,

⁴⁰⁹ INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, cit., pp. 6 y ss.

fomentará su comprensión con cambios de condiciones o de cargas de trabajo. Ello será de gran ayuda para que el ambiente laboral sea un elemento de ayuda al TCDM⁴¹⁰.

- Establecimiento de un plan de acogida en la empresa para el TCDM que podría tener como mínimo el contenido siguiente:
 - Elaborar un documento con las funciones y responsabilidades del trabajador. El conocimiento por el TCDM de cuáles son con exactitud sus obligaciones laborales y el rendimiento que se espera de él, ayuda a la gestión de las emociones iniciales de la incorporación a una nueva empresa.
 - En dicho documento pueden quedar reflejadas las medidas de apoyo que se han ido relatando en los puntos anteriores de este capítulo que precisa el TCDM y cuáles de ellas son permanentes y cuáles temporales.
 - Que dicho documento sea conocido y debatido por el TCDM y su médico de vigilancia de la salud y el equipo de técnicos de prevención de riesgos laborales.
 - Establecer, si fuera necesario, un plan de formación ad hoc para el nuevo empleado y tener la posibilidad, si se requiere, que un compañero de trabajo pueda tutorizarle durante los primeros tiempos en la empresa y, de esta manera, lograr una mejor adaptación a las funciones de su nuevo puesto de trabajo⁴¹¹.

Todas estas medidas posibilitarán en gran medida la adaptación de la organización al nuevo TCDM y, de esta manera, evitar o minimizar el

⁴¹⁰ Incide en la importancia de las actitudes de los compañeros, HENDERSON, M., et al., "Work and common psychiatric disorders", cit., p. 202.

⁴¹¹ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo...*, cit., p. 13 donde hace referencia, sin desarrollarlo a que un compañero pueda servir de tutor para un nuevo empleado con discapacidad.

impacto de los riesgos psicosociales en la persona con discapacidad mental.

3) El apoyo y seguimiento del trabajo por parte de profesionales sociosanitarios

Para las PCDM puede resultar muy beneficioso el apoyo que pueden llevar a cabo profesionales sociosanitarios que le conocen y puede resultar un elemento clave para la inserción laboral satisfactoria del TCDM. Estos apoyos no todas las PCDM los precisan y puede que no lo necesiten con el mismo grado de intensidad. Como regla general, los apoyos de este tipo de profesionales suele ser de una intensidad descendente hasta que desaparecen si ello es posible.

La empresa debe posibilitar estos apoyos como medidas para compensar las desventajas ocasionadas con la discapacidad y garantía de la plena igualdad en el trabajo (art. 40 LGD)⁴¹².

Estos apoyos podrían ser, al menos, de tres tipos:

- 1) Apoyo por profesionales sanitarios y psicológicos fuera de las instalaciones de la empresa. El TCDM acude a la consulta de su médico, que conoce su patología y las funciones y novedades de su puesto de trabajo a través del propio trabajador con discapacidad. El médico y psicólogo procuran la atención que precisa la PCDM como a cualquier otro ciudadano.

⁴¹² Vid. CASTRO CONTE, M., "Riesgos psicosociales y su relación con los tiempos de trabajo y salario", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, cit., pp. 74-75, quien asevera que "Una de las reglas prioritarias para reducir el estrés laboral es promover el cambio en las condiciones de trabajo y esto se consigue, entre otras: 1) Estableciendo horarios de trabajo compatibles con las demandas y responsabilidades de los trabajadores fuera del trabajo" que, en el caso de los TCDM se ve clarísimamente con la posibilidad de asistencia sin problema a sus visitas médicas.

Puede ocurrir que este seguimiento deba realizarse en horario laboral. Ello es frecuente sobre todo para los trabajadores que ejecutan su prestación en horario de mañana que coincide normalmente con el horario de los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud. Cuando estos reconocimientos se realizan con cierta frecuencia, suele ser una cuestión que no es bien tolerada por el empresario.

Estos seguimientos y pruebas médicas que requiere el tratamiento farmacológico a las PCDM (como análisis de sangre o administración inyectable de la medicación por personal de enfermería) normalmente se contemplan como asistencia a servicios de salud especializados y, por ello, son concebidos por los convenios colectivos como permisos retribuidos y que no precisan de su recuperación. No obstante, dado que para estos trabajadores el seguimiento médico es imprescindible sería recomendable una solución legal que les dé una mayor protección. En todo caso, se deben incluir dentro del tratamiento médico de “enfermedad grave” de los que recoge el último inciso del art 52.d) ET por lo que no se computarán las ausencias para justificar un despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo.

- 2) Además, es posible que el TCDM pueda precisar un seguimiento laboral realizado por profesionales especializados para conseguir el ajuste entre la persona y su puesto de trabajo y para evitar riesgos de abandono del trabajador o despido por parte del empresario⁴¹³. Este seguimiento suele realizarse exclusivamente con el trabajador y fuera de la empresa y del horario laboral del empleado. Pero puede requerir también alguna entrevista con la

⁴¹³ Sobre el mismo, vid. DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA, C. y RODRÍGUEZ DE VELASCO, M., “Los procesos de búsqueda de empleo”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, cit., pp. 414-415.

empresa, especialmente con los supervisores del trabajador o con técnicos del Departamento de RR.HH., para conocer cuál es el grado de satisfacción del empleador con este trabajador.

- 3) Por último, algunos TCDM pueden precisar apoyos en el propio puesto de trabajo por parte de un preparador laboral especializado⁴¹⁴ para la ejecución de su trabajo. “El empleo con apoyo se fundamenta en un sistema de apoyo individualizado, consistente en la provisión de la ayuda imprescindible proporcionada a la persona y su entorno para que pueda desarrollar por ella misma una actividad laboral”⁴¹⁵. Es nuestro país, esta figura está regulada en el art. 41 LGD y el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, de Empleo con Apoyo como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad en el mundo laboral ordinario. Está diseñado para trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral entre las que se encuentran todas las PCDM.

Sin pretender hacer un estudio detallado de la metodología de empleo con apoyo, el Real Decreto antes citado regula y marca los mínimos que todo programa de empleo con apoyo debe cumplir que son:

- Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo.
- Realizar labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa, el empleador y el

⁴¹⁴ Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, D. y CASTELLANOS ALCÁZAR, L., “Ergonomía psicosocial. Adaptación de puestos de trabajo y sistemas de apoyo para trabajadores con enfermedad mental: empleo con apoyo”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, cit., pp. 421-453.

⁴¹⁵ Ídem, p. 423.

personal de la empresa que comparte tareas con el trabajador con discapacidad.

- Apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones.
- Apoyo específico para enseñar al TCDM las tareas inherentes al puesto de trabajo.
- Seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo para detectar necesidades y prevenir posibles obstáculos, tanto para el trabajador como para la empresa que le contrata, que ponga en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo.
- Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del trabajador al puesto de trabajo.

El programa individualizado debe ser consensuado con el TCDM y para ser realizado con calidad requiere una intervención circular del preparador laboral con el trabajador, su familia, la empresa contratante, la red social más cercana y el contexto socioeconómico de la persona para lograr la consecución del objetivo del mantenimiento del puesto de trabajo y la mejora de la calidad de vida del trabajador⁴¹⁶. Por ahora es muy reducido el grado de conocimiento por parte de las empresas de este posible apoyo en sus instalaciones por parte de preparadores laborales para determinados trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral.

⁴¹⁶ Ídem, pp. 435 y ss.

De todo lo visto en este punto se puede sacar la conclusión que la PCDM precisa para lograr su efectiva inclusión laboral que su puesto de trabajo sea adaptado con diferentes medidas de diverso calado. En general, ha de indicarse que nuestro ordenamiento jurídico actual no contempla las necesidades de esta adaptación psicosocial específica para los TCDM.

E. Vigilancia de la salud de los trabajadores con discapacidad mental

El artículo 14 LPRL contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y establece el correlativo deber empresarial de procurar dicha protección frente a los riesgos laborales. En ese marco, el artículo 22 LPRL regula como deber instrumental del empresario para conseguir el objetivo antes indicado, la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores a su servicio, “que consiste en detectar los efectos que los riesgos inherentes al trabajo pueden provocar en el trabajador, manifestados a través de una alteración de su estado de normalidad orgánica y funcional, tanto física como mental (aún cuando la misma no llegue a constituir un daño derivado del trabajo)”⁴¹⁷. Se trata, pues, de “analizar el estado de salud de los trabajadores con el objetivo de detectar los problemas de salud relacionados con el ambiente laboral y contribuir a controlar los riesgos derivados de la ejecución del trabajo que puedan causar un daño para la salud del concreto trabajador que lo desempeña”, teniendo como última pretensión alcanzar la salud laboral, ideal definido por la OMS como el “más alto grado de bienestar físico, psíquico y social en el ambiente laboral”, entendiendo por

⁴¹⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004, p. 181, quien cita a su vez a SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, cit., p. 210.

bienestar psíquico no sólo la ausencia de patologías psíquicas sino la contribución a que el trabajador se sienta bien consigo mismo; y por salud social el logro “de bienestar con el entorno y el resto de los trabajadores de la empresa íntimamente relacionado con el control de los riesgos psicosociales mejorando los aspectos organizacionales de la empresa”⁴¹⁸.

La vigilancia de la salud es un momento clave para los TCDM. No en vano, en el momento actual a muchos TCDM ni siquiera se les coge su CV en muchas empresas aduciendo razones de salud laboral pues ‘su patología les impide realizar el concreto puesto de trabajo’ y a otros se les extingue su contrato de trabajo durante el período de prueba tras haber realizado el reconocimiento médico pertinente. Nos vamos a centrar, en coherencia con el objetivo de este trabajo, en la vigilancia que se realiza al inicio de la relación laboral que dependerá, por lo pronto, de si la empresa conoce o no que el nuevo trabajador padece una enfermedad mental grave. Si el empresario es consciente de tal situación por habérselo hecho saber el trabajador durante el proceso de selección, deberá establecer en el plan de prevención⁴¹⁹ la necesidad de realizar de manera obligatoria el reconocimiento médico o examen de salud⁴²⁰ por atesorar el trabajador, como se argumentó en un apartado anterior, la condición de TES⁴²¹. Pero, por el contrario, si la empresa desconoce la patología del nuevo

⁴¹⁸ Los diferentes entrecomillados en PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., pp. 1 y 2.

⁴¹⁹ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., pp. 6-7.

⁴²⁰ Expresión preferida por PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., p. 21 debido a que puede recoger mejor las tres dimensiones de salud (física, psíquica y social) que abarca el ideal de salud laboral.

⁴²¹ En el mismo sentido de considerar pertinente la Vigilancia de la Salud de los TES, MORENO SOLANA, A., *La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., especialmente pp. 64-65. Vid. también, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médico”, cit., pp. 191-192, quien indica: “como regla general, el trabajador tiene libertad para disponer sobre su salud y en tal sentido, se confiere a los reconocimientos médicos, carácter voluntario, pero esa libertad de disposición se le quita cuando se observa un potencial peligro para su salud y el examen médico resulta imprescindible para verificarlo”. Otro trabajo interesante que apuesta por la misma solución, DÍAZ GARCÍA, J. A., “Propuesta para la vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista Mapfre Seguridad*, Primer trimestre, 2005, p. 54. De la misma opinión, aunque con algún reparo cuando ésta es establecida por la negociación colectiva, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., p. 116.

empleado como quiera que los reconocimientos médicos son, por regla general, voluntarios (art. 22.1 2º párrafo LPRL), si el trabajador no desempeña un puesto de trabajo que esté compelido a pasar por el examen de salud, puede que no se llegue a realizar la vigilancia de la salud del TCDM. Es por ello por lo que debe recogerse una obligación legal de comunicar la condición de PCDM una vez haya sido seleccionado en la empresa, tal como hemos argumentado, dado que como establece el art. 22.4 LPRL “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador”.

Para el supuesto de que el nuevo empleado elija voluntariamente el examen de salud es posible que pueda ser el momento escogido por trabajador para indicar que padece un problema de salud mental grave o, incluso, que sea deducido por el equipo de vigilancia de la salud. De hecho, como en todo reconocimiento se pregunta de manera general por si se toma alguna medicación, es muy posible que se conozca de esta manera sencilla la existencia de una patología mental. En todo caso, sea como fuere, lo cierto es que una vez conocida la condición de TCDM⁴²², la empresa debe realizar por un lado, ex art. 25.1.2º párrafo LPRL, una inicial comprobación de su capacidad para realizar el puesto de trabajo una vez éste haya sido adaptado y, por otro, determinar el alcance de los riesgos profesionales a los que está expuesto este trabajador en la empresa, sin necesidad de que se demuestre la gravedad de tales riesgos con el advenimiento de una baja médica, por ejemplo, u otra situación que denote alguna fricción entre los requerimientos del puesto de trabajo o de las condiciones de trabajo en la empresa y las características del nuevo TCDM.

⁴²² Conforme al tercer párrafo del artículo 22.4 LPRL al empresario se le comunicará esta circunstancia para poder introducir medidas de prevención ad hoc para el TCDM. Literalmente indica “No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”. Seguimos en este punto a PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, cit., pp. 126 y ss.

1. La comprobación inicial del estado de salud de la PCDM

Conforme al segundo párrafo del artículo 25.1 LPRL “los trabajadores no serán empleados en aquéllos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

Por tanto, no es un puesto de trabajo peligroso per se sino que lo que le convierte en peligros es el TCDM que lo ocupa y, por ello, tal precepto legal exige a la empresa comprobar que el trabajador reúne las condiciones psicofísicas adecuadas para el desempeño de las labores inherentes al puesto de trabajo y que su estado de salud no supone ningún peligro ni para el propio trabajador ni para el resto de empleados de la empresa. El objetivo de esta prohibición legal es garantizar la seguridad y salud y no perjudicar al trabajador⁴²³.

Sin duda, tal como ha indicado la doctrina, este precepto supone la excepción a la regla de la adaptación del puesto de trabajo a la persona. En este caso la esencia de este párrafo responde al principio de adecuación del trabajador al trabajo que impone que no se podrá consentir emplear a un TCD en general, y con discapacidad mental en particular, si se aprecia que es racionalmente probable que de la interacción de su discapacidad con el puesto de trabajo a ocupar, o con determinadas tareas del mismo, se materialice un riesgo en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud del mismo trabajador o de otras personas “el veredicto legal será la interdicción de

⁴²³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, cit., p. 40.

adscribir al trabajador [con discapacidad mental] a dichos puestos de trabajo o a encomendarle aquéllas tareas. En este sentido, los efectos de la previsión del art. 25.1 LPRL encarnan una limitación ex ante al ejercicio de los poderes de dirección del empresario (en cuanto al derecho que tiene a asignar concretas tareas a sus empleados) y a su derecho de variar las condiciones de trabajo (a través de las figuras jurídicolaborales de la movilidad funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo)⁴²⁴”.

Las consecuencias para el empresario por la adscripción de TCDM a puestos de trabajo cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales, así como su dedicación a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, supone una falta grave (art. 12.7 LISOS) que, incluso, podría llegar a ser muy grave cuando, además, de esta situación se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 13.4 LISOS)⁴²⁵.

Un ejemplo del supuesto de hecho que estamos analizando lo encontramos en la STSJ de las Islas Baleares, de 12 de mayo de 2006⁴²⁶ en la cual se enjuicia la legalidad de una decisión empresarial por la cual no se renovó el contrato temporal de una Médico Interno Residente afectada por Trastorno Bipolar al alegar que la reincorporación de la trabajadora supondría un grave riesgo para su salud mental y un riesgo añadido de responsabilidad profesional contraído por el hospital donde trabajaba como residente. La Comisión Docente del citado Hospital elaboró un informe desfavorable y el Tribunal confirmó la procedencia de la extinción del contrato al entender que la “finalidad de impedir el riesgo patente para la salud de terceros que entraña el ejercicio de funciones médicas por personas cuyas condiciones particulares le incapacitan

⁴²⁴ TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud...”, cit., p. 277.

⁴²⁵ Al respecto, vid. la STSJ Cataluña nº 7.369/2006, de 30 de octubre (AS 2007/168) sobre el alcance de la Prevención de Riesgos Laborales y la prohibición de asignarles a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales, estado biológico o discapacidad.

⁴²⁶ Citada en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 143.

para esa tarea, legítima –y hasta puede decirse que un elemental sentido de la responsabilidad lo convierte en exigencia ineludible–, que la decisión de no renovar el contrato de formación del demandante como facultativo especialista tome en consideración, como un elemento más del juicio, la información relativa a la enfermedad mental de éste que facilitan los exámenes psiquiátricos que se le han practicado”, y concluye que, “Si, de acuerdo con la doctrina constitucional, en ciertos supuestos deviene ilícito, por excepción, utilizar la información médica derivada de reconocimientos médicos obligatorios, con mayor razón será, en supuestos donde también están en juego intereses prevalentes de terceros, el empleo de la obtenida de unas exploraciones que el actor ha consentido libremente. Así sucede, respecto del actor, a quien inclusive, difícilmente se la podría haber ocultado, por las características de la especial relación de trabajo que había entablado en el centro sanitario, la trascendencia que sobre el mantenimiento de dicha relación podría tener el conocimiento de que sufre una dolencia psíquica de entidad grave”.

Concretando cómo ha de realizarse la efectiva comprobación de la capacidad laboral de las PCDM, entendemos que tal examen debe realizarse con la entrevista psiquiátrica semiestructurada siguiendo las pautas técnicas recomendadas al efecto⁴²⁷. En particular, se trata de una entrevista clínica ajustada al concreto puesto de trabajo y orientada al conocimiento del problema de salud mental y la sintomatología asociada y las posibles repercusiones de su situación personal, social y laboral en el desempeño del trabajo. En estos casos es fundamental que el médico del trabajo realice:

1. Una exhaustiva historia clínico laboral de los antecedentes laborales, familiares y personales.

⁴²⁷ Vid. AA.VV. (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, cit., pp. 32 y ss. En la entrevista psiquiátrica (semiestructurada) se debe dejar al TCDM “que hable libremente, evitando preguntas directas, así como el enfrentamiento y las interpretaciones personales, realizando una transcripción literal de los síntomas relevantes”.

- a. Laborales: descripción de trabajos anteriores y tiempo de permanencia y las causas de terminación, especialmente de abandono);
 - b. Familiares (antecedentes psiquiátricos en la familia, riesgo genético por conductas de adicción en padres y cargas o problemas familiares importantes);
 - c. Personales (ansiedad y mala respuesta adaptativa al estrés, somatizaciones, trastornos psicológicos y/o psicopatológicos (cuadros depresivos previos, trastornos desadaptativos, trastornos de personalidad, patrones de baja autoestima) o de conductas adictivas previas.
2. Y, por otro lado, una descripción detallada de las características, condiciones y funciones del puesto de trabajo.

Se considerará durante toda la entrevista la posibilidad de riesgo para la seguridad del propio TCDM o para terceros, bien a partir de lo que indica el propio trabajador, bien por quejas y/o reclamaciones sobre ese profesional recogidas por escrito, que hagan presuponer el riesgo o, en fin, por manifestaciones en este sentido, reiteradas y concretas, de compañeros y/o supervisores.

Para estos casos consideramos que es muy relevante la información que pueda tener el servicio de vigilancia de la empresa de otros dispositivos especializados que puedan conocer al nuevo TCDM. En concreto, sería muy interesante la coordinación con el equipo médico de salud mental que atiende al trabajador, su médico de atención primaria y, en su caso, del Centro de Rehabilitación Laboral (o como se denomine en cada Comunidad Autónoma) que pueda estar apoyando a la PCDM para la obtención y mantenimiento del puesto de trabajo. En este sentido, sería muy recomendable que existiera un

Protocolo de Vigilancia de la Salud para TCDM⁴²⁸ en el cual viniera recogido que sea el propio trabajador quien entregara los informes pertinentes de cada uno de estos dispositivos para su conocimiento e interrelación. En concreto, el informe del Centro de Rehabilitación Laboral puede ser clave para reconocer si hay peligro para la propia PCDM o para terceros dado que estos centros, especializados en itinerarios individualizados de recuperación para el empleo para este colectivo de trabajadores en riesgos de exclusión social, suelen conocer a la perfección las habilidades laborales y los puestos de trabajo más aptos para el concreto TCDM. Esta interrelación entre el Servicio de Vigilancia de la salud de la empresa y estos dispositivos sociosanitarios comunitarios así como “la comunicación con la Organización (Jefes, Mandos Intermedios y Direcciones correspondientes) es esencial para la adecuada implantación de las medidas de prevención y adaptación del trabajador al puesto de trabajo, así como para la revisión periódica de su eficacia”⁴²⁹.

Lo habitual es que el trabajador no se encuentre con alteración del estado de salud mental pues acaba de superar un proceso de selección pero, en caso de que así fuera, se valoraría específicamente debiendo prestar especial atención a señales de alarma como: comportamientos con patrones desadaptativos de conducta e incumplimiento manifiesto de las demandas propias del rol profesional, hiperreactividad al estrés cotidiano, incumplimiento de los hábitos básicos de salud y autocuidados del aspecto externo, la existencia o no de conciencia de enfermedad del TCDM, disponibilidad de apoyo sociofamiliar, etc.⁴³⁰. En estos casos, evidentemente, se precisaría una situación de incapacidad temporal para poder superar el estado agudo de sintomatología psicótica para, después, poder realizar la valoración de la capacidad laboral del trabajador y poder determinar si existe riesgo para sí mismo o para terceros si desempeña

⁴²⁸ Sobre la conveniencia de un protocolo de Vigilancia de la Salud para TES, vid. MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., pp. 70-71.

⁴²⁹ AA.VV. (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, cit., p. 49.

⁴³⁰ ÍDEM, p. 35.

ese puesto de trabajo. Se entiende que es una situación transitoria pasada la cual podrá ejercer el trabajo con normalidad y con necesidad de adaptaciones y apoyos. Si no fuera un escenario coyuntural nos enfrentaríamos a una imposibilidad para realizar esa profesión.

Una vez visto cómo ha de realizarse al TCDM el examen de salud, estamos en disposición de responder a la pregunta de cuándo se podrá indicar que padecer un problema de salud mental grave conlleva la existencia de un peligro potencial para la realización de un concreto puesto de trabajo. Por regla general, padecer una enfermedad mental grave no lleva aparejado per se no poder realizar determinados puestos de trabajo. Ello debe quedar meridianamente claro: se debe partir de que las personas con trastorno mental grave pueden realizar el puesto de trabajo del que han superado el proceso de selección. Dicho con otras palabras, a la PCDM que cumple teóricamente los requerimientos técnicos específicos para el puesto y, por ello, supera el pertinente proceso de cobertura de vacante en una empresa, no se le puede indicar automáticamente que como tiene una enfermedad mental grave no es apto para realizar el trabajo. Para que ello pudiera ocurrir debería ampararse en una norma que así lo indicara y eso ocurre, que sepamos, únicamente en puestos de trabajo muy concretos relacionados con trabajos militares⁴³¹ o de pilotaje de aviones⁴³², y exclusivamente para determinadas patologías mentales. Analicemos, por ejemplo, este último supuesto en el cual la Agencia Europea de Seguridad de la Aviación establece para poder dar el certificado médico de aptitud que los solicitantes con una historia o diagnóstico clínico de

⁴³¹ Vid. la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, que aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Actualizado en 2009.

⁴³² Vid. al respecto, el Reglamento UE 1.178/2011, de 3 de noviembre de 2011 (DOUE de 25 de noviembre de 2011), por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (CE) n o 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y, en su desarrollo la Agencia Europea de Seguridad de la Aviación establece unos requerimientos específicos para los certificados médicos (Acceptable Means of Compliance and Guidance Material to Part-MED, elaborado el 15 de diciembre de 2011), ejemplar fotocopiado, para psiquiatría especialmente p. 53.

esquizofrenia serán evaluados como no aptos. Por su parte, para las personas que soliciten el certificado médico con un diagnóstico clínico de trastorno del estado de ánimo; trastorno neurótico; trastorno de la personalidad o trastorno mental o del comportamiento, en estos casos deberán pasar una evaluación psiquiátrica satisfactoria antes de considerar la evaluación de aptitud. Por último los solicitantes con una historia de actos significativos o repetidos de autolesiones deliberadas deberán pasar una evaluación psiquiátrica satisfactoria y/o evaluación psicológica antes de ser considerados aptos. Por tanto, como vemos, sólo es automática la no aptitud, aunque sin aducir razón alguna para ello, para el puesto de piloto de avión para las personas con diagnóstico clínico de esquizofrenia, siendo posible para otras enfermedades mentales graves siempre que pasen una evaluación psiquiátrica de forma satisfactoria.

Por tanto, como antes dijimos, salvo que venga establecido expresamente en una norma, todo puesto de trabajo puede ser desempeñado por una PCDM.

Ahora bien, lo que debe hacer el reconocimiento médico es ratificar que el TCDM posee suficiente conciencia de enfermedad, sigue el tratamiento médico y farmacológico prescrito y mantiene, en su caso, un adecuado seguimiento psicológico y social. Comprobadas estas “condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” [art. 4.c) 2º párrafo ET], el resultado del reconocimiento médico debería ser la idoneidad sanitario-laboral⁴³³. Y, para el caso de tener alguna duda, dado que el trabajador ha superado el proceso de selección, debería permitirse su ejercicio con las adaptaciones y seguimientos que fueran pertinentes. Asimismo entendemos muy relevante antes de dar un certificado negativo de aptitud revisar si hay otros casos de TCDM en la empresa realizando el mismo puesto de trabajo, agotar con carácter previo todas las posibilidades de adaptaciones del puesto de

⁴³³ Así lo denomina DÍAZ GARCÍA, J. A., “Propuesta para la vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles”, cit., p. 44.

trabajo⁴³⁴ y, sobre todo, que se pueda apoyar en un informe del equipo especialista en salud mental que trata a este empleado. Todo ello nos lleva a concluir que sería preciso, como antes anunciamos, un Protocolo de Vigilancia de la Salud para los TCDM.

2. Los exámenes de salud para TCDM y su periodicidad

Como antes dijimos, aparte de la comprobación inicial de la capacidad laboral del TCDM que acabamos de desarrollar, relacionado con la Vigilancia de la salud la empresa debe determinar el alcance de los riesgos profesionales a los que está expuesto este trabajador en la empresa, sin necesidad de que se demuestre la gravedad de tales riesgos por ejemplo con el advenimiento de una baja médica.

De hecho, como ya se ha indicado por algún autor, para establecer un nivel de protección de la salud de los trabajadores adecuado, hay que tener en cuenta las condiciones objetivas (puesto de trabajo, equipos de trabajo, ambiente en el que se desarrolla, etc.) y las subjetivas, es decir, las características de las personas que van a desarrollar esos trabajos y van a manejar y utilizar los equipos de trabajo enfrentándose a todas las condiciones que se configuran en su puesto de trabajo⁴³⁵.

La Vigilancia de la salud resulta ser una cuestión estratégica para las PCDM pues a través de ella se permite controlar los efectos sobre la salud de los

⁴³⁴ En el mismo sentido, IBÍDEM. También, MORENO SOLANA, A., *La Vigilancia de la Salud de los Trabajadores Especialmente Sensibles*, cit., p. 348 que llega a decir: “Antes de llegar a la extinción, deben intentarse todas las posibles alternativas que eviten tal situación, como la movilidad funcional, la modificación sustancial de condiciones de trabajo o incluso el cambio a otro centro de trabajo”.

⁴³⁵ MORENO SOLANA, A., *La prevención de los riesgos laborales de los Trabajadores Especialmente Sensibles*, cit., p. 33.

programas de prevención que se han adoptado en una empresa para conseguir una óptima salud del trabajador, de ahí la importancia de la vigilancia de la salud como instrumento de valoración de una nueva evaluación de riesgos laborales o de una revisión de la ya existente⁴³⁶. Por tanto, tras dicha evaluación de riesgos con las adaptaciones propuestas que se estudiaron en el punto precedente, lo lógico es revisar cómo está influyendo en la salud del trabajador la realización del concreto puesto de trabajo. Además de ello, entendemos que para los TCDM el servicio de Vigilancia de la Salud debe tener un papel con mayor protagonismo que para el resto de los empleados dado que puede ser un aliado muy importante para detectar situaciones de desestabilización del trabajador y puede ayudar a la empresa en momentos de cambios de funciones o de sistemas de trabajo o de mayor carga laboral. De esta manera, en el Protocolo de Vigilancia de la Salud específico para TCDM ya propuesto en el punto anterior, se debe establecer unos seguimientos médicos periódicos para labrar el denominado “enganche terapéutico”, esto es, vincularse con el TCDM para que sirva en los posibles momentos en los que el trabajador pueda tener una recaída, aunque sea leve, de su patología⁴³⁷. Si en esos momentos es necesario que el trabajador cuente cómo se está encontrando, sólo lo hará a aquel servicio médico con el que tenga confianza y que le vea como un aliado y no como elemento que sea el canal de transmisión a la empresa de su estado de salud y que le llevará a ser despedido. Y, más aún, el trabajador sólo seguirá las recomendaciones del equipo médico o psicológico con el que se sienta identificado. Por ello, con el objetivo de consolidar el vínculo terapéutico con el TCDM se deben realizar seguimientos periódicos por el equipo de Vigilancia de la salud de la empresa que pueden ser muy frecuentes en los inicios de la relación laboral y dilatarse en el tiempo conforme esta vaya asentándose. Esta posición proactiva, por tanto, dista bastante del papel habitual que suele tener

⁴³⁶ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., p. 12.

⁴³⁷ HENDERSON, M., et al., “Work and common psychiatric disorders”, cit., p. 204 ponen de relieve basándose en la experiencia de una gran empresa francesa la importancia de un programa de seguimiento psicológico, específicamente para evitar bajas médicas y que, en su caso, éstas se alarguen en el tiempo.

este servicio de salud laboral en las empresas y es que una de las adaptaciones del puesto de trabajo que precisan estos trabajadores sería un Servicio de Apoyo al TCDM que se traduciría en reuniones periódicas entre la dirección de la empresa, o el mando intermedio, el propio trabajador y el servicio de Vigilancia de la Salud⁴³⁸ para conseguir hablar con normalidad de cómo afecta al desempeño laboral la discapacidad mental del empleado y establecer pautas de trabajo al respecto. Asimismo, el equipo de salud laboral también podría actuar con los compañeros de trabajo del TCDM que pueden verse afectados en algún momento si hubiera una bajada en su rendimiento o si es necesaria una redistribución de tareas.

Esta posición de seguimiento constante en el ámbito laboral por parte del Servicio de Vigilancia de la Salud a las PCDM, cuando la patología del trabajador es conocida por la empresa, es la que parece que se exige a ésta por la doctrina judicial cuando los Tribunales se enfrentan a supuestos en los que el empresario decide extinguir la relación laboral tras acaecer algún incidente o hecho disruptivo. Así se desprende, por ejemplo, de la STSJ Baleares 324/2014, de 25 de septiembre, en la que se declara despido improcedente por falta de culpabilidad por enfermedad psiquiátrica. En los hechos se ve cómo la empresa conocía del trastorno mental del trabajador (esquizofrenia), era un hecho conocido por compañeros y superiores pero el servicio de vigilancia de la salud de la empresa tiene un papel muy secundario y no le visita hasta después de pasado un altercado con un compañero en las inmediaciones de la empresa. Otro supuesto sería la STSJ Madrid nº 747/2008, de 20 de octubre⁴³⁹ en el que en un proceso de oficio iniciado por la Comunidad de Madrid como autoridad laboral queda constancia cómo en un posible caso de acoso (no constado por la sentencia) en el cual el trabajador desencadena una enfermedad mental grave de la cual no se enteran ni el Servicio de Vigilancia de la Salud ni la Mutua de

⁴³⁸ En esta línea, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, cit., p. 12.

⁴³⁹ JUR/2005/220.602.

Accidentes de Trabajo de la Empresa. No obstante, la sentencia más interesante en este sentido es la STSJ Madrid nº 87/2007, de 6 de febrero⁴⁴⁰, en la cual se declara como despido improcedente la decisión adoptada por la empresa por incumplimiento de un trabajador, conductor de autobús de pasajeros de línea interurbana, afectado por enfermedad psicótica conocida por la empresa dado que la empresa era responsable por inexistencia de una adecuada política de evaluación y prevención. En el supuesto de hecho se ve cómo el trabajador durante más de diez años realiza el trabajo con total solvencia y es muy valorado por sus compañeros y debido a cómo le afecta un problema personal (separación matrimonial), seguramente motivado por su problema de salud mental, hace que su rendimiento laboral decaiga y tenga hasta tres problemas graves en el trabajo: dos accidentes leves y una discusión fuerte con los viajeros. A la empresa se le echa en falta una política de prevención de los riesgos psicosociales en la empresa y un seguimiento por el servicio de vigilancia de la salud.

Por consiguiente, la evaluación de riesgos laborales específica para el concreto TES, que lleve aparejada unas medidas de adaptación del puesto de trabajo, debe ser complementada con una estricta política de vigilancia de la salud del TCDM para comprobar en qué medida puede este trabajador realizar su actividad laboral. Esta estrategia conllevará un plan de apoyo de estos concretos trabajadores a través del servicio de salud laboral de la empresa en los términos antes indicados.

⁴⁴⁰ Recurso de suplicación nº 5.875/2006.

CAPÍTULO V. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD MENTAL

Siguiendo con lo indicado en el primer capítulo de esta investigación, tras el estudio de los ámbitos de la fase previa al contrato de trabajo y la prevención de riesgos laborales y la adaptación tanto del puesto de trabajo como de la relación laboral, en este momento abordaremos el análisis de las tres siguientes cuestiones por ser los principales apoyos que precisa la PCDM para su inserción laboral desde el ámbito de la Protección Social. A saber:

1. Protección económica de la Discapacidad y su compatibilidad con el empleo.
2. Sobre la Incapacidad Temporal del trabajador con Discapacidad mental.
3. Trabajador con Incapacidad Permanente Absoluta derivada de una Enfermedad Mental y la posibilidad de trabajo compatible con la pensión.

Pero antes de abordar estas cuestiones, debemos comenzar este apartado por un lado, analizando el concepto de Protección Social que nos servirá de marco para todas las consideraciones que se puedan realizar en este capítulo y, por otro, haciendo una breve aproximación histórica a la atención social del colectivo de PCDM.

A. Concepto de Protección Social

El término Protección Social está muy extendido en la doctrina y cuenta cada vez con más numerosas referencias normativas y jurisprudenciales⁴⁴¹. No obstante, no existe un concepto unívoco y generalmente aceptado del mismo. Recuérdense el meritorio ensayo del mismo realizado por AGUILERA IZQUIERDO, BARRIOS BAUDIOR y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA para quienes “podemos definir la protección social como el conjunto de medidas heterogéneas (específicas e inespecíficas), previstas en nuestro ordenamiento jurídico y otorgadas por un tercero (sea ente público o privado) para prevenir y corregir las necesidades o riesgos sociales, fijados con antelación y, en cuanto tales, típicos y propios de un Estado Social”⁴⁴². Mas lo cierto es que es difícil una concepción unánime pues depende, en gran medida, de la que se tenga del papel del Estado como ente obligado a procurar tal protección social a todos los ciudadanos. En efecto, la Protección Social está muy unida al advenimiento del

⁴⁴¹ Como botón de muestra, sirva el artículo 28 de la Convención referido al “nivel de vida adecuado y protección social” que utiliza una concepción amplia que incluye desde el acceso al agua potable, a servicios y dispositivos asistenciales, hasta programas y beneficios de la jubilación, pasando por estrategias de reducción de la pobreza y vivienda pública. También el Comité de Protección Social de la Unión Europea, sobre el mismo Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La política social (y el fondo social europeo)”, en, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Dirs.) *Comentarios a la Constitución Europea. Libro III. Políticas Comunitarias y las finanzas de la Unión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 777-797. Asimismo, su utilización frecuente en las últimas sentencias tanto del TC (por ejemplo, 205/2011, de 15 de diciembre), como del TJUE. Como curiosidad, vid. BORRAJO DACRUZ, E., “De la Previsión Social a la Protección Social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, marzo 1989, pp. 12-13, señala que el primer uso oficial de esta terminología en nuestro país tiene lugar con la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1986. También, GETE CASTRILLO, P. *El nuevo Derecho Común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 56, donde el autor hace una revisión de las referencias de la expresión Protección Social, término entonces de nuevo cuño que se estaba potenciando su utilización sobre todo en el ámbito de la Unión Europea.

⁴⁴² AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDIOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Protección Social Complementaria*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2003, pp. 7 y siguientes. Otro estudio en ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Estado del Bienestar⁴⁴³ y, en general, su desarrollo ha ido de la mano de la construcción y consolidación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como disciplina jurídica⁴⁴⁴. A pesar de que se mantienen vigentes las palabras del maestro ALONSO OLEA cuando indicó que “Renunciar a proteger a los ancianos o a los parados –o a los enfermos o a los inválidos o a los huérfanos-, es renunciar a los niveles mínimos de decencia en la vida en Comunidad”⁴⁴⁵, lo cierto es que la crisis económica que se viene desarrollando desde 2007-2008 ha puesto en entredicho cuáles son las posibilidades actuales en este campo por los problemas de financiación y deuda de los Estados⁴⁴⁶. Estamos en una fase no sólo de racionalización sino de auténtica reducción del papel del Estado y sus entes públicos en la cobertura de las necesidades de los ciudadanos. Tan es así, que será difícil regresar a las cotas de protección social que existían con anterioridad a 2007, por más que el ciclo económico cambie de signo y vuelva a ser expansivo⁴⁴⁷. El cambio fundamental es de mentalidad: el Estado sigue jugando un papel prominente en este ámbito pero cada vez deja más espacio

⁴⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, especialmente páginas 20-31. Por su parte, MONTOYA MELGAR, A., “La Seguridad Social Española: notas para una aproximación histórica”, *Revista de Trabajo*, nº 54-55, 1976, p. 18, indica cómo en la II República española la legislación de previsión social experimentó un considerable desarrollo.

⁴⁴⁴ Vid. la excelente monografía de GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (Dirs.) y RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A. (Documentación), *Legislación Histórica de Previsión Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, especialmente interesante es la contextualización (pp. 17-18) del nacimiento del Instituto Nacional de Previsión que según estos autores probablemente vio la luz para apaciguar el clima de conflictividad social (huelgas, conflictos laborales, accidentes laborales, etc.) del momento. También, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, 33ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 613-616. Y MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 64.

⁴⁴⁵ ALONSO OLEA, M., “Cien años de Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, nº 12-13, 1982, p. 119.

⁴⁴⁶ Al respecto, vid. extensamente, AA.VV., *El Estado de bienestar en la encrucijada: nuevos retos ante la crisis global*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, Vitoria-Gasteiz, 2011.

⁴⁴⁷ En el mismo sentido, Albert Serra, Director del Instituto de Gobernanza y Dirección Pública de ESADE, quien indica en una exposición en el Fujitsu World Tour 2014, celebrado en Madrid el 10 de junio de 2014 a tener serias dudas de si realmente no estamos en un auténtico cambio de modelo de superación del Estado del Bienestar.

para la actuación de la familia y de la sociedad civil⁴⁴⁸. El ejemplo más claro de esta política la tenemos en el ámbito de la Dependencia, en el cual se ha desmantelado el incipiente sistema de apoyo que se estaba construyendo desde la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, dando o, mejor dicho, devolviendo el protagonismo a la familia y la articulación de apoyos por el sector, fundamentalmente por las mujeres que en el seno de la familia se siguen ocupando del cuidado de la persona dependiente. No obstante, ahondar en esta reflexión queda fuera de los márgenes de esta investigación.

En general, la Protección Social forma parte del conjunto de políticas sociales⁴⁴⁹ de un país y, en nuestro caso, de la Unión Europea⁴⁵⁰. Se enmarcan dentro de la concepción Social de nuestro Estado ex arts. 1.1 y 9.2 CE, la cual “es fruto de una operación de compromiso o transacción entre el liberalismo y un cierto grado de socialización; entre el sistema capitalista y una política de bienestar social (Welfare State)”⁴⁵¹. Todas aquellas políticas deben tener una coherencia interna y global para conseguir su finalidad, que es no sólo la prevención y reparación de todas las situaciones de necesidad que puedan

⁴⁴⁸ Sobre el particular, vid. extensamente y redactado años antes de la crisis de 2007-08, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Nuevas claves del Estado del Bienestar. Hacia una Sociedad del Bienestar*, Editorial Comares, Granada, 1999. En particular, véase algunas reflexiones: “es necesario que los ciudadanos se despierten de ese sueño de que todo viene de los Poderes públicos” (p. 128); “el ciudadano está llamado a configurar los intereses públicos y, por tanto, el bien común porque en el sistema democrático todos son, o deben ser, responsables de los intereses generales” (p. 130) y, en fin, “‘sustituir’ Estado por Sociedad, llamando Sociedad del Bienestar lo que hasta ahora era Estado del Bienestar, como consecuencia de un modelo que tiene como premisa la participación porque busca el origen de sus energías en el hombre”.

⁴⁴⁹ Sobre el concepto de Política Social, vid. entre otros, el interesante documento de MONTAGUT, T. *Política Social. Una introducción*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000. Especialmente, páginas 19-27. Y la obra de SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *Políticas sociolaborales*, Ediciones Laborum, 2003, especialmente las páginas 32-41.

⁴⁵⁰ Sobre la Política Social de la Unión, vid. entre otros SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “La Política Social (y el Fondo Social Europeo)”, cit., especialmente pp. 781-782.

⁴⁵¹ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 89.

afectar a un individuo, sino la plena inserción social de todos sus ciudadanos⁴⁵² para, de este modo, conseguir la cohesión social.

La Cohesión Social, objetivo de todas las Políticas Sociales, la podemos entender siguiendo al profesor Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, como “la capacidad de un sistema social, económico y político para lograr tres objetivos complementarios: a) promover la autonomía y participación social de los ciudadanos; b) crear redes sociales e institucionales que generen capital social y favorezcan la inclusión social; c) y, finalmente, contribuir a la materialización de los derechos sociales en su más amplio sentido”⁴⁵³.

Por ello, la cohesión se conseguirá con la realización de los derechos fundamentales de todas las personas incluidas en una sociedad pues como ya se ha dicho, en un Estado Social de Derecho “la principal función de los poderes públicos es hacer que todos los ciudadanos gocen de sus derechos fundamentales que se derivan de su condición humana”⁴⁵⁴.

Siguiendo esta concepción podemos entender que toda la política sociolaboral engloba toda la Seguridad Social, la sanidad, los Servicios

⁴⁵² MONEREO PÉREZ, J.L. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento laboral*, cit., p. 174, lo expresa con el siguiente tenor: “El poder público debe asegurar (realizando los derechos sociales constitucionales) un sustrato material a los ciudadanos con independencia de su participación en el mercado, como condición para el pleno desarrollo de la personalidad humana y como presupuesto para poder actuar realmente las libertades civiles y políticas”.

⁴⁵³ Vid. la magnífica monografía dirigida por el profesor Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *Servicios Sociales y cohesión social*, Premio de Investigación del Consejo Económico y Social, CES, Madrid, 2011, p. 20. También, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 90, habla de “equilibrio social”. Por su parte, MONEREO PÉREZ, J.L. *Derechos Sociales de la Ciudadanía...*, cit. p. 31, lo dice de la siguiente manera: “el objetivo de la igualdad, y no solamente el de la lucha contra la pobreza es el factor distintivo de las políticas sociales del Estado del Bienestar: persigue la modificación de la desigualdad social creada por el mercado (...). Lo que se persigue es la igualdad social u homogeneidad social no la absoluta uniformización de la estructura social que sería contraria al pluralismo inherente a las sociedades complejas, presuponiendo, naturalmente, la erradicación de las situaciones de pobreza (que es un objetivo prioritario)”.

⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Nuevas claves del Estado de Bienestar*, cit. pp. 77-78.

Sociales⁴⁵⁵, la Prevención de Riesgos Laborales, todo el sistema educativo y de Formación Profesional, de empleo y de vivienda⁴⁵⁶.

Cuando nos referimos al término Protección Social queremos indicar un campo de la Política Social o Sociolaboral que por supuesto incluye a la Seguridad Social -que fue su primera institución y sigue constituyendo su parte más importante-, pero a la que añadimos otras facetas bien Sanidad, bien Servicios Sociales, bien Educación o Empleo⁴⁵⁷. En general, utilizamos este

⁴⁵⁵ Sobre el concepto de Servicios Sociales vid. ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J.M. y GARCÍA SERRANO, M. *Servicios Sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011. También, RODRÍGUEZ CABRERO, G. *Servicios Sociales y cohesión social*, cit. p. 9 que define los servicios sociales “como una rama o sistema de intervención social e institucional que tiene como objetivo el bienestar individual y social mediante la ayuda personal polivalente, basada en prestaciones técnicas y monetarias, acciones preventivas, de intervención social y rehabilitación, apoyadas en la acción organizada pública y social, así como en la acción voluntaria”. Para su plasmación en nuestro ordenamiento jurídico descentralizado, vid. ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J.M., “Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales”, REDT, nº 152, octubre-diciembre de 2011, pp. 973-1001.

⁴⁵⁶ MONTAGUT, T. *Política Social*, cit. p. 20 incluye “aspectos tales como salud, educación, trabajo, vivienda, asistencia y servicios sociales”. Por su parte, SEMPERE, CANO, CHARRO y SAN MARTÍN, *Políticas Sociolaborales*, cit. pp. 42 y ss. incluyen “la política de empleo, formación profesional, seguridad y salud laborales, exclusión social, protección a la familia, juventud, discapacitados, personas en edad avanzada, inmigración, cohesión económica y social y seguridad social”. Es de resaltar que todos los términos incluidos desde exclusión social hasta cohesión económica y social es lo que nosotros englobamos en el concepto Servicios Sociales por lo que la coincidencia es casi total. Finalmente, indicar que ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y MEDINA GONZÁLEZ, S. en *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, consideran la educación, la atención a la dependencia, la sanidad y la seguridad social, como “el núcleo esencial de lo que se conocen como “Políticas Sociales” o “Estado Social”” (p. 30) y reconocen (p. 28) citando a Alonso Olea que “las exigencias de bienestar social son múltiples” y éstas cuatro son “algunas de sus parcelas”.

⁴⁵⁷ En el mismo sentido, vid. DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de Protección Social”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 69: “el espacio público de protección social se compone, al menos, por los sistemas de seguridad social, nacional de salud y asistencia social”. También, MALDONADO MOLINA, J.A. *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Primer premio de investigación Centenario del Nacimiento de la Seguridad Social en España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, p. 203: “La Seguridad Social, en sentido estricto, quedaría como expresión de “las típicas medidas contributivas”, mientras que el Sistema de Protección Social supone la consagración de la fusión entre previsión y asistencia sociales, incluyendo la cobertura prestada tanto desde instancias privadas como públicas, y dentro de estas últimas cualquiera que sea el poder público competente”. Y asimismo, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, pp. 77 y siguientes. Especialmente, p. 77: “7. Protección Social. Ha sido un término utilizado por el legislador cuando ha querido referirse a algún tipo de protección de carácter público. Vendría a hacer referencia a un concepto jurídico ideal que se situaría por

término porque queremos abarcar no sólo la protección económica de las situaciones de necesidad (a base de pensiones, prestaciones o subsidios) que es en lo que se ha consolidado fundamentalmente la Seguridad Social⁴⁵⁸, sino también otras prestaciones más técnicas o de servicio que precisan las PCDM para su inserción sociolaboral. Nos referimos fundamentalmente a prestaciones de rehabilitación, recuperación, entrenamiento y apoyo para conseguir incrementar su empleabilidad a las que se refiere la Convención en el art. 27.1.k)⁴⁵⁹. En el buen entendimiento de que ambos tipos de prestaciones (económicas y técnicas) primero, son necesarias, por lo que pueden y deben asignarse conjuntamente y, en segundo lugar, deben estar diseñadas y tener una coherencia interna para conseguir no sólo el auxilio económico temporal o vitalicio sino la finalidad de la reinserción sociolaboral de la persona atendida pues, como indica ESTEBAN LEGARRETA, el mero aseguramiento del desempleo (art. 41 CE) como sistema de amortiguación ante la imposibilidad de lograr el empleo, no garantiza la dignidad de la persona ni su libre desarrollo (art. 10 CE)⁴⁶⁰.

encima del Sistema de Seguridad Social y de la Asistencia Social, con carácter globalizador o comprehensivo”.

⁴⁵⁸ MALDONADO MOLINA, J.A. *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, cit., p. 203.

⁴⁵⁹ El art. 27.1.k) de la Convención que indica: “Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad”. Sobre la rehabilitación para PCDM, extensamente, VALMORISCO PIZARRO, S., *Políticas públicas de rehabilitación laboral para personas con enfermedad mental. Los Centros de Rehabilitación Laboral (CRL) de la Comunidad de Madrid (2008-2012)*, Tesis Doctoral inédita, Getafe (Madrid), enero 2015.

⁴⁶⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 125 quien afirma que el mero aseguramiento del desempleo (art. 41 CE) como sistema de amortiguación ante la imposibilidad de lograr el empleo, no garantiza la dignidad de la persona ni su libre desarrollo (art. 10 CE), cuestión que “toma un relieve mucho más destacado en el terreno de las personas con discapacidad”. Este autor cita en la misma página a ALARCÓN CARACUEL quien asevera “el seguro de desempleo es una opción subsidiaria y no deseable, respecto al derecho al trabajo, por cuanto que éste está relacionado, según vimos, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

Recogemos aquí también la referencia ineludible de Lorenz VON STEIN, precursor de la idea de Estado Social, *Movimientos Sociales y Monarquía*, traducción E. Tierno Galván, Madrid, 1981, p. 142, “Lo que hace libre al hombre es la superación de la vida exterior, poniéndola a su servicio. Su destino de libertad radica, por lo tanto, en la capacidad de poder llegar a tal

Como se verá en el epígrafe siguiente, tal objetivo de la reeducación, rehabilitación y vuelta al trabajo de las PCD es el que han tenido los poderes públicos desde la Asistencia Social⁴⁶¹ y desde la creación del Sistema de Seguridad Social⁴⁶².

De alguna manera lo que se quiere poner el énfasis al utilizar el término Protección Social es que no siempre ha existido –y sigue en muchos casos sin existir- la coherencia necesaria en las medidas de atención social al colectivo de PCDM para conseguir su integración en el mundo laboral. Es más, el auxilio social a este colectivo históricamente como enseguida veremos ha sido el contrario: el alejamiento, confinamiento y exclusión no sólo del ámbito laboral sino de toda la sociedad. Ha habido una evolución evidente en los últimos tiempos, pero aún en muchas ocasiones las medidas de atención social no tienen la finalidad de inserción sociolaboral que como hemos visto debe impregnar a toda solución social que se promueva por los poderes públicos.

Por tanto, lo que se quiere poner de relieve es la necesidad de coordinación entre las diferentes disciplinas de atención social, bien sea Seguridad Social, bien Sanidad, bien Asistencia o Servicios Sociales pues, como indica DE LA VILLA, “resulta artificioso en exceso buscar en la CE un sistema de seguridad social al margen de los sistemas nacionales de salud y asistencia social”⁴⁶³. Se necesita visión de Sistema (de Protección Social) para atender a colectivos en riesgo de exclusión social -como el de las PCDM-, y llegar a

dominio mediante su propia actividad y a su autodeterminación personal, continuamente nueva”, citado por MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., p. 44.

⁴⁶¹ Vid. AZNAR LÓPEZ, M. y OSUNA NOVEL, C., “Antecedentes”, en AA.VV., *10 años del Servicio Social de Minusválidos (1972-1982)*, INSERSO, Madrid, 1983, p. 16, que relatan la creación en 1922 (por Real Decreto de 4 de marzo) del Instituto de Reeducación Profesional al que se le atribuyen las funciones de readaptación funcional, reeducación profesional y tutela social de las personas con discapacidad.

⁴⁶² Vid. ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997, especialmente páginas 149-169.

⁴⁶³ En este sentido, no podemos estar más de acuerdo con la reflexión de DE LA VILLA GIL, L.E., “El modelo constitucional de protección social”, cit., p. 69.

conseguir efectivamente su inserción laboral, con independencia de quién sea el ente público que finalmente sea el responsable de la medida (Estado, Comunidad Autónoma o Corporación Local) y sea cual fuere la solución técnica o económica que se precise para conseguir la finalidad social última: la integración en el mundo del trabajo de las PCDM⁴⁶⁴. Así ya lo puso de manifiesto hace años ÁLVAREZ DE LA ROSA al indicar que la recuperación para el empleo es la “labor primera y fundamental” de la protección social⁴⁶⁵.

Esto es, además, lo que se está exigiendo desde la Unión Europea a través de la Estrategia de la Inclusión Activa⁴⁶⁶. Esta Estrategia, se pensó en un

⁴⁶⁴ Vid. específicamente, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Carga mundial de trastornos mentales y necesidad de que el sector de la salud y el sector social respondan de modo integral y coordinado a escala de país”, 65ª Asamblea Mundial de la Salud, 25/05/2012, accesible en http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA65/A65_R4-sp.pdf. [último acceso: 22/09/2014]. En el mismo sentido, la reclamación de “un auténtico espacio sociosanitario (...) sumatorio de los sistemas de salud y de servicios y bienestar sociales” realizada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), como una prioridad esencial para lograr el nivel óptimo de autonomía y preservar el bienestar de las PCD (cermi.es, boletín semanal, nº 88, 15/07/2013).

Un ejemplo de esta coordinación entre las Consejerías de Salud y Asuntos Sociales lo encontramos en la Comunidad de Madrid en el ámbito específico de la Salud Mental (vid. al respecto, la Red Pública de Atención Social a Personas con Enfermedad Mental Grave y Duradera que se creó a finales de los años ochenta y se consolidó en la primera década del S. XXI a través del Plan de Atención Social 2003-2007 y que se mantiene en el Plan Estratégico de Salud Mental de la Comunidad de Madrid, 2010-2014, Dirección General de Hospitales, Consejería de Sanidad, disponible en www.madrid.org).

Tal coordinación se está extendiendo entre la Red de Centros de Rehabilitación Laboral, los Centros Base, ambos pertenecientes a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid y las oficinas de empleo de esta Comunidad, integradas dentro de la Consejería de Educación y Empleo, desde finales de 2012, para que se utilice el mismo documento de valoración de capacidades laborales de las personas con discapacidad (vid. Sistema VOIL de Valoración de Orientación e Inserción Laboral, en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1142310100115&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pv=1354190551426 [último acceso: 22/09/2014]. Para las PCDM que estén derivadas en Centros de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid, tal valoración se quiere que parta de la información que provea dicho centro de servicios social especializado.

⁴⁶⁵ Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, cit., p. 222.

⁴⁶⁶ Sobre el tema, vid. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., “Proyecto europeo de inclusión activa de jóvenes con discapacidad. Valoración desde un Centro de Rehabilitación Laboral para personas con Enfermedad Mental Grave”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 22, septiembre-diciembre 2012, pp. 46-59. También hace referencia a esta estrategia RODRÍGUEZ CABRERO, G. *Servicios sociales y cohesión social*, cit., p. 11 entre otras. Más recientemente, vid. el estudio “El empleo de las personas vulnerables: una inversión social rentable”, realizado por Cáritas, Cruz Roja, Fundación Once y Secretariado Gitano y publicado por el Fondo Social Europeo en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en

primer momento (2007) para el colectivo general de personas en riesgo de exclusión social a través de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral” ⁴⁶⁷. Previamente a este documento, desde el Consejo Europeo de Niza en 2000 ya se empezó a trabajar sobre el particular teniendo como base legal el artículo 137 del Tratado de Niza que dio como fruto la Estrategia Europea de Inclusión Social, conocida como el “Proceso para la inclusión social” con el objetivo de erradicar la pobreza antes de 2010, que fue reformada en 2005 a través de la Agenda Social Europea 2005-2010, coincidiendo con la renovación de la Estrategia de Lisboa aprobada en 2000.

Pues bien, esta medida se estableció para las PCD en el Informe Conjunto sobre Protección e Inclusión Social de la Unión Europea en 2007⁴⁶⁸. En síntesis puede indicarse que surge como un medio para promover la inclusión social a través del acceso al mundo laboral de los más desfavorecidos. Se trata de que aquellas personas que se benefician de la protección social no se estanquen y el hecho de percibir un apoyo económico (prestación, subsidio o pensión) les lleve a estar aún más sumidos en la exclusión social.

2013. Versión descargable en las páginas Web de cada una de estas cuatro instituciones. Entre ellas, <http://www.fundaciononce.es/ES/Publicaciones/Paginas/Biblioteca.aspx>, en concreto las pp. 47-52.

⁴⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral. COM (2007) 620 final. Disponible en: www.ec.europa.eu/social [2011, septiembre 15].

⁴⁶⁸ Vid. Unión Europea, *Active Inclusion of young people with disabilities or health problems. Briefing for National Correspondents*. 2010, p.4. Disponible en: www.eurofound.europa.eu/docs/about/procurement/inclusion2010/specifications.doc.> [2011, agosto 22].

Se debe combinar la protección económica con medidas personalizadas de apoyo a la inserción laboral, incluyendo entrenamientos en los hábitos y habilidades laborales necesarios, a través de servicios sociales de calidad. Consiste, pues, en integrar las respuestas y hacer que alguien que percibe un apoyo económico por desempleo o Discapacidad deba entrar en un programa de inserción laboral⁴⁶⁹, llegando incluso a depender el ingreso económico de las medidas de inclusión activa⁴⁷⁰.

En conclusión de todo lo visto en este punto, insistimos en que –tal como pide la Unión Europea a través de su Estrategia de Inclusión Activa–, todas las ramas del Sistema de Protección Social deben estar articuladas en pos de la inserción social a través del trabajo. Esta es (o debe ser) la teleología de las medidas de protección social para el colectivo de PCDM y con esta visión es con la que se debería construir las soluciones técnicas e interpretar las dudas en su aplicación normativa.

⁴⁶⁹ Pues, de otra manera, como recoge ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 268, “concorre un dato sociológico (...) y es que en España las preferencias de los trabajadores con discapacidad se han decantado siempre por la “seguridad” de una pensión, dejándose de lado inciertos procesos de recuperación sin la garantía de pensión ni empleo. La realidad social y la política legislativa han caminado preferentemente hacia las pensiones, con unos resultados clamorosamente pobres en materia de empleo”.

⁴⁷⁰ A este respecto, vid. la reflexión que hacía años atrás ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, cit., pp. 287-288, que, pese a escribirse en el concreto ámbito de la incapacidad permanente se podría aplicar desde nuestro punto de vista a todo el marco de la Seguridad Social en la cual indica que “la Seguridad Social, estructurada como servicio público, implica la evidente necesidad de articular los sistemas de protección de manera armónica para atender los estados de necesidad” y, en coherencia con la finalidad de recuperación para el empleo, “las prestaciones por invalidez, entendidas como reparación del estado de necesidad, deben concretarse a dos grandes grupos de actuaciones específicas: las prestaciones económicas y las de rehabilitación o recuperadoras”.

B. Breve aproximación histórica a la protección social de las PCDM

Tras establecer nuestra visión de la Protección Social, es menester realizar un acercamiento siquiera sea breve, a cuál ha sido la prestada al colectivo de PCDM a lo largo de la historia. Ello nos ayudará a comprender un poco mejor la realidad actual que revisaremos en los siguientes apartados.

La atención social al colectivo de PCDM se resume muy fácilmente en tres líneas: exclusión social total a través de manicomios durante toda la historia hasta las postrimerías del siglo XX cuando se entiende que estas personas pueden y deben vivir en sociedad, con el resto de ciudadanos y como uno más.

La respuesta social ante las discapacidades, concediéndoles bien ayuda económica, bien prestándoles algún servicio que precisen, se desarrolla fundamentalmente desde el S. XIX con la instauración de la beneficencia pública y la asistencia social⁴⁷¹ y por eso nos ocuparemos especialmente de esta época. Con anterioridad a esta fecha el auxilio a este colectivo devino primeramente por parte de la familia y a continuación por la beneficencia privada, a través prioritariamente de la Iglesia⁴⁷².

⁴⁷¹ MALDONADO MOLINA, J.A., “Las raíces históricas de la Asistencia Social”, en GARCÍA MURCÍA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (Drs.) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (Documentación), *Legislación histórica de Previsión Social*, cit., pp. 27-29, llevando a cabo, además, una explicación de las diferencias existentes -de carácter técnico e ideológico-, entre beneficencia y asistencia social.

⁴⁷² ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, 2ª edición, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, especialmente pp. 64-70, indican cómo es el pensamiento ilustrado el que consigue pasar de la caridad individual a la beneficencia privada y el liberalismo quien propició la transición hacia la beneficencia pública. Por su parte, GOODWIN GREENWOOD, J., “History of disability as a legal construct”, en DEMETER et al, *Disability evaluation*, Mosby-AMA, St. Louis (USA), 1996, p. 10, establece cuatro etapas históricas de la atención social al colectivo de PCD: 1) siglos XVII-XIX: secularización; 2) finales S. XIX-mediados S.XX: burocratización; 3) Mediados S. XX: medicalización; y 4) Desde finales S. XX: particularización.

1. Siglo XIX

Ya en el S. XIX, se intentó uniformizar y refundir en una misma legislación toda la beneficencia general o pública y la particular a través de las Leyes de 1822 y 1849⁴⁷³. En la primera de ellas, aunque no entró en vigor, debe señalarse que recoge entre los diferentes establecimientos de Beneficencia “las Casas de locos” (artículos 104-126)⁴⁷⁴. En concreto, los dispositivos que establece son las casas de maternidad, casas de socorro, socorros domiciliarios, hospitalidad domiciliaria y la denominada hospitalidad pública (de enfermos, convalecientes y locos). Así, junto con los Hospitales de Enfermos que, como máximo podía haber cuatro por pueblo -por grande que fuera éste-, se contemplaban Hospitales separados para convalecientes y para locos. Estos últimos, denominadas como ya hemos indicado “Casas de locos” debían situarse fuera de la capital, prohibiéndose el uso de determinados métodos, como el encierro continuo, la aspereza en el trato, los golpes, grillos y cadenas.

Años más tarde tiene lugar la primera referencia a las PCDM que ya sí es totalmente aplicable. La encontramos en el artículo 3 del Real Decreto de 27 de enero de 1885⁴⁷⁵, que aprueba la Instrucción para la administración y gobierno de los establecimientos de Beneficencia general. En dicho artículo tercero se hace una lista cerrada de los establecimientos de Beneficencia costeados con fondos públicos (del Estado, la provincia o el Municipio) en los que se incluye los manicomios junto con los hospitales de enfermos incurables, decrepitos,

⁴⁷³ En concreto, el Decreto XL, de Establecimiento general de la Beneficencia, sancionado el 23 de enero de 1822 y promulgado el 6 de febrero de 1822 y en segundo lugar, la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849. Para mayor detalle, vid. ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, cit., pp. 55 y siguientes. También, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, cit. pp. 36-40 y MALDONADO MOLINA, J.A., “Los raíces históricas de la asistencia social”, cit., pp. 29-32.

⁴⁷⁴ MALDONADO MOLINA, J.A., “Los raíces históricas de la asistencia social”, cit., pp. 29-30.

⁴⁷⁵ Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 74 (1º de 1885), Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885. Citado en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., cit., p. 39.

ciegos así como los Colegios de ciegos y huérfanos, aunque en el artículo 4 se deja la posibilidad de incrementar el número de estos establecimientos de Beneficencia general. Se establece la dirección a cargo del Ministerio de la Gobernación, representado por el Director General de Beneficencia y Sanidad (art. 5). Los gastos de estos establecimientos representan las primeras prestaciones de beneficencia para PCDM que se detallan en el artículo 48: “relación de víveres y utensilios, reposición de camas, útiles de cocina, ropas, etc., gastos de botica y medicinales, gastos de escritorio e imprevistos, gastos generales, obras de conservación, cargas del establecimiento, culto y enterramientos”.

Como se puede ver en estos dos primeros precedentes, la atención social a las PCDM es hospitalaria pública, por ser consideradas personas enfermas y, además, incurables, en régimen manicomial cerrado, alejada del resto de la población y sin ninguna expectativa de reinserción social posible. Asimismo, no hay prestaciones individuales para personas físicas sino dotaciones económicas para los establecimientos que prestan la beneficencia pública.

2. Siglo XX primera etapa, hasta la creación de la Seguridad Social

Durante el siglo XX diferenciamos dos etapas que tienen como hito histórico de separación la constitución del Sistema de la Seguridad Social a mediados de los años sesenta. Hasta ese momento, existe un continuismo general con lo anterior, si bien con dos diferencias de relativa importancia: por un lado, en la II República, momento en el que se ponen las bases para una Asistencia Social distinta cuyo modelo no pudo desarrollarse por el estallido de la Guerra Civil⁴⁷⁶. Y, por otro, la creación del Sistema de Seguros Sociales, en

⁴⁷⁶ MALDONADO MOLINA, J.A., “Las raíces históricas de la asistencia social”, cit., pp. 32.33, indica: “La beneficencia se veía como algo odioso, tanto por su carácter discrecional como por la precariedad y cuantía de las ayudas. Todo ello determinó una nueva noción de Asistencia Pública, relegando la beneficencia al ámbito privado. Es una nueva concepción que se apoya

especial el Seguro de Vejez e Invalidez en el que hay una alusión al trastorno mental.

En esta época destaca el Instituto de Reeducción Profesional, creado por Real Decreto de 4 de marzo de 1922, que pese a ser concebido “sorprendentemente moderno al que le atribuyen las funciones de readaptación funcional, reeducación profesional y tutela social de las PCD. Sin embargo, en su trayectoria legal posterior perdería amplitud de objetivos y asociaría la rehabilitación únicamente a las discapacidades derivadas de los accidentes de trabajo”⁴⁷⁷.

Durante la II República se regula específicamente en el artículo 15 del Reglamento de Accidentes de 31 de enero de 1933 la protección por Incapacidad Permanente causada por riesgos profesionales, esto es, *lesiones orgánicas y funcionales del cerebro y estados mentales crónicos, psicosis crónicas, estados maniáticos y análogos causados por accidente de trabajo*.

Tras la Guerra Civil, como hemos indicado, se mantiene la financiación de la beneficencia pública en la que se seguiría tratando a las PCDM en los manicomios, primero con el “Auxilio de Invierno” y posteriormente por el “Auxilio Social”⁴⁷⁸.

Por su parte seguían teniendo cobertura social “las lesiones orgánicas y funcionales del cerebro y estados mentales orgánicos (psicosis crónicas, estados maniáticos y análogos) causados por accidente, reputados como incurables y

ideológicamente en un modelo de Estado distinto del Estado liberal. Así, si el Estado Liberal fue el caldo de cultivo de la beneficencia pública, el Estado de Derecho lo será de la Asistencia Pública. Ambas cubrían las situaciones de indigencia y máxima necesidad, pero con una filosofía de actuación diferente”.

⁴⁷⁷ ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J.M. y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios Sociales Públicos*, cit., p. 277.

⁴⁷⁸ Creados ambos en plena contienda bélica, el primero regulado por la Orden de 2 de febrero de 1937 (BOE de 4 de febrero) y el segundo por el Decreto de 19 de marzo de 1938 (BOE de 23 de marzo). Sobre los mismos, vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, cit., pp. 43-44.

que por sus condiciones impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo” recogidas en el artículo 41 del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956)⁴⁷⁹. Como se puede extraer del precepto, se protegían las enfermedades mentales graves derivadas de riesgos profesionales que impedían absolutamente la realización de cualquier trabajo.

Relacionado con la Beneficencia, nos situamos en 1960, muy poco tiempo antes de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, momento en el que se crea por la Ley 45/1960, de 21 de julio, el Fondo Nacional de Asistencia Social (conocido por su acrónimo FONAS) con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de la población española y el sostenimiento de los establecimientos de beneficencia tanto general (pública) como privada. Su novedad principal radica en que se regulan a través del Decreto 1315/1962, de 14 de junio⁴⁸⁰, los Auxilios del FONAS que se establecen como pensiones alternativas a las prestaciones otorgadas por los seguros sociales y otros Entes Territoriales⁴⁸¹. No son ya ayudas para establecimientos de beneficencia sino las primeras ayudas de asistencia social configuradas legalmente como pensiones individuales que se conceden, entre otros colectivos, a ancianos y enfermos. Con todo, se caracterizan por no tener fijada una cuantía concreta, sino un máximo del ochenta por ciento de la concedida en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, y por establecer como requisito esencial de los beneficiarios “encontrarse totalmente incapacitados para el trabajo por enfermedad crónica incurable o invalidez física permanente” (art. 3.1.b) del citado Decreto 1315/1962). Como indica MALDONADO MOLINA, las prestaciones del FONAS hasta 1977, se caracterizan por su cuantía exigua para niños y jóvenes, entre 6 y 16 años, “anormales” e indigentes (para facilitar su internamiento en centros), así como ancianos e inválidos para el trabajo. A partir de ese año, sus

⁴⁷⁹ Vid. TORRENTE GARI, S., *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad Permanente*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 19 y ss.

⁴⁸⁰ BOE de 15 de junio de 1962.

⁴⁸¹ Para más detalle, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Protección Social...*, cit. pp. 45-49.

fondos se incrementaron considerablemente, sobre todo porque pasaron a recibir parte de la tasa de juego recién legalizado y se centra en ayudas para enfermos y enfermos incapacitados para todo trabajo, “siendo la principal herramienta para atender al sector de la población que no estaba cubierto por la Seguridad Social”⁴⁸².

Por lo que respecta al Sistema de Seguros Sociales, en 1947 se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez (SOVI) a través del Decreto de 18 de abril de 1947⁴⁸³, desarrollada a través de la Orden de 18 de junio del mismo año⁴⁸⁴, por el que se establecen normas para la aplicación del Decreto recién citado. El artículo 8 del Decreto y el 2 de la Orden indican que, como regla general, se precisan 50 años para la consecución del citado seguro. No obstante, se reconocerá a partir de los 30, en supuestos de extrema gravedad de las lesiones invalidantes⁴⁸⁵, a saber: “si la invalidez procede de la pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores, pérdida de movimiento análogo a la mutilación de las dos extremidades superiores o inferiores, pérdida total de la visión o *enajenación mental incurable*” (la cursiva es nuestra).

El SOVI es incompatible con actividad laboral (pública o privada) que determine la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social, con la pensión de vejez del SOVI o con pensión del sistema de Seguridad Social.

De esta etapa se concluye que la protección social de las PCDM se mantiene en centros manicomiales pero con tres diferencias importantes:

⁴⁸² MALDONADO MOLINA, J.A., “Las raíces históricas de la Asistencia Social”, cit., pp. 40-41.

⁴⁸³ BOE del 5 de mayo de 1947.

⁴⁸⁴ BOE del 20 de junio de 1947.

⁴⁸⁵ MALDONADO MOLINA, J.A., *Génesis y evolución de la protección social de la vejez en España*, cit., p. 78, citando a su vez a DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 167.

- a) Una relativa a la Asistencia Social en la cual se otorgan las primeras ayudas económicas individuales: 1) que no requieren contribución anterior por el beneficiario; 2) que se establecen fuera de los Seguros Sociales existentes en el momento y 3) que son para enfermos totalmente incapacitados para el trabajo, por lo que no tienen la finalidad de inserción laboral.
- b) Otra relacionada con el Sistema de Seguros Sociales, en concreto con el SOVI, por el cual se comienza la protección social de la incapacidad permanente por enajenación mental incurable, totalmente incompatible con una actividad laboral.
- c) Y una tercera relacionada con los riesgos profesionales que tienen un régimen jurídico de protección de aquellas enfermedades mentales que deriven de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y que impidan absolutamente la realización de cualquier trabajo.

3. Siglo XX segunda etapa, la creación del Sistema de Seguridad Social⁴⁸⁶

A partir de la constitución del Sistema de Seguridad Social que, como indica ALONSO-OLEA GARCÍA, desde sus inicios “ha prestado una especial atención” ⁴⁸⁷ a las PCD, se consolidan las prestaciones económicas (para las

⁴⁸⁶ De esta etapa histórica se encarga con detalle ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 151-171.

⁴⁸⁷ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *La protección de las personas con discapacidad*, cit., p. 87. Así, en la propia Ley de Bases de la Seguridad Social, Ley 193/1963, de 28 de diciembre, “verdadero hito histórico” de la protección jurídica de las PCD hay dos bases relacionadas con la rehabilitación y reeducación de los trabajadores inválidos. La Base tercera, que establece el complemento de las prestaciones de Seguridad Social, a través de los Servicios Sociales. Y la decimoquinta, que crea el Servicio Social de Reeducación y Rehabilitación de Inválidos, con el fin de organizar “con la amplitud necesaria los Centros y Servicios de recuperación fisiológica, reeducación, readaptación y rehabilitación profesional de los trabajadores inválidos”. En el plano terminológico y conceptual es interesante reseñar cómo en el origen del Sistema de Seguridad

contingencias de Incapacidad Temporal y Permanente) que son, en su esencia, las que rigen en la actualidad y que revisaremos con detalle en los apartados siguientes y, además, se crean -como complemento de las anteriores-, diferentes Servicios Sociales para atender teóricamente a todo el colectivo de las PCD pero, de hecho, no acogen a las que padecen Discapacidad por Trastorno Mental.

Primero, el Servicio Social de Asistencia a Menores Subnormales, creado por el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre⁴⁸⁸, que como se puede entender a primera vista, atiende a menores con discapacidad intelectual⁴⁸⁹. No obstante, es importante resaltar cómo ejercía su acción mediante dos medidas de diferente calado: 1) a través de la concesión “de una aportación económica de 1.500 pesetas mensuales para contribuir al sostenimiento de los gastos que la educación, instrucción y recuperación de los menores subnormales origine a los familiares que tengan a su cargo”⁴⁹⁰. 2) Por medio del establecimiento “de centros para llevar a cabo la educación, instrucción y recuperación de menores subnormales” (art. 2).

Conviene retener este importante precedente pues la prestación económica, que como se puede observar es el antecedente inmediato de la actual prestación por hijo a cargo, se compatibilizaba con un servicio especializado para la reinserción laboral.

En segundo término, el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, creado en 1970 a través del Decreto 2531/1970, de 22 de

Social, por un lado, existe una equiparación entre PCD e inválido y, por otro, el objetivo de toda la atención social es la reinserción laboral de las PCD.

⁴⁸⁸ Este Decreto desarrolló la estipulación prevista en la Disposición final 4ª del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social, Decreto 907/1966, de 21 de abril que preveía que “se concederá una protección especial a las familias con hijos subnormales”.

⁴⁸⁹ Desde el plano terminológico y conceptual, es reseñable la identificación de subnormal con la actual persona con discapacidad intelectual.

⁴⁹⁰ Regulada por la Orden Ministerial de 8 de mayo de 1970, pervivió hasta 1990 cuando fue derogada expresamente por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen las Prestaciones No Contributivas de la Seguridad Social.

agosto, tendente a procurar la rehabilitación médica y laboral de los “minusválidos”. Este es la primera norma en nuestro ordenamiento jurídico que regula específicamente el empleo de los trabajadores con discapacidad, promoviendo su integración laboral mediante el empleo protegido (artículos 10-15), estableciendo incentivos a las empresas (artículo 16) y creando los centros de empleo protegido (art. 17)⁴⁹¹.

Como se puede comprobar, la influencia de este Decreto y su Orden de desarrollo en la regulación posterior de la LISMI es más que evidente, quedando además patente el objetivo prioritario de la reinserción sociolaboral de las PCD desde los orígenes de nuestro Sistema de Seguridad Social.

Estos dos Decretos fueron fusionados por el Decreto 7931/1974, de 21 de febrero, en un único Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos (conocido por las siglas SEREM)⁴⁹². Su principal novedad es que extiende la acción protectora a los no afiliados a la Seguridad Social⁴⁹³. Sin embargo, la acepción de ‘Psíquico’ se corresponde con discapacidad intelectual por lo que tampoco estos Servicios Sociales llegan a atender al colectivo de PCDM⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ La Orden de 24 de noviembre de 1971, que desarrolla el Decreto de 1970, establece que los beneficiarios de este Servicio Social lo eran “las personas comprendidas en edad laboral que estén afectadas, como mínimo, por una disminución de su capacidad física o psíquica del 33 por 100, que les impida obtener o conservar empleo adecuado, precisamente a causa de su limitada capacidad laboral” (artículo 1). Se acredita la condición de minusválido mediante dos requisitos: el certificado correspondiente y la inscripción en el censo correspondiente de trabajadores minusválidos.

⁴⁹² El SEREM se extingue en 1978 cuando sus funciones pasan al Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), Entidad Gestora de la Seguridad Social creada por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión institucional de la Seguridad Social, “para la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones de la Seguridad Social”.

⁴⁹³ GARCÍA VISO, M. e ÍÑIGUEZ DEL VAL, M., “Creación del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (1972-73)”, en AA.VV., *10 años del Servicio Social de Minusválidos*, INSERSO, Madrid, 1983, p. 38.

⁴⁹⁴ Vid. a este respecto, en el mismo sentido las reflexiones de ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, cit., pp. 334-335 en el que psíquico se identifica con persona subnormal y nos indica que toda esta regulación trae su fundamento en la Ley de Bases

La conclusión de esta etapa es que por primera vez se comienza a proteger de una manera más sólida e integral a las PCD pero sigue sin atenderse a las que sufren un trastorno mental, provocando su discriminación incluso dentro del propio colectivo.

4. Siglo XX tercera etapa, tras la Constitución de 1978:

No nos extenderemos en este punto porque el análisis detallado de la situación actual que nos interesa especialmente para nuestro estudio, lo realizaremos en el siguiente apartado. No obstante, es menester indicar que aunque la salud mental no está recogida expresamente en la Constitución de 1978, bien por tratar de la salud en general bien por hacerlo de las PCD en su conjunto, podemos recoger los preceptos 14 (derecho a la igualdad y a la no discriminación) ⁴⁹⁵, 43 (derecho a la salud), 49 (política de atención a las PCD), 50 (tercera edad y servicios sociales) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) de nuestra Norma Fundamental. No obstante, lo verdaderamente importante a nuestros efectos y lo que queremos especialmente resaltar, es que el sistema social propugnado en nuestra Constitución posibilitó en 1986, pocos

de Seguridad Social, en concreto de su Base undécima, punto 47, in fine, que pretende “una protección especial a la familia con hijos subnormales”.

⁴⁹⁵ Sobre el mismo conviene resaltar la STC 269/1994, de 3 de octubre, por la cual se establece que la discapacidad se incluye dentro de la cláusula abierta del último inciso del artículo 14 CE “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, como causa específica de discriminación, lo que conlleva que pueda establecerse medidas de acción positiva para conseguir la verdadera igualdad real del colectivo de PCD con el resto de la población: “Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienen a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE y, específicamente, con su plasmación en el artículo 49 CE”. Sobre la inclusión de la discapacidad en el artículo 14 CE, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 87.

años después de su entrada en vigor, una nueva Ley General de Sanidad⁴⁹⁶ que resultó ser un cambio radical de orientación hacia “la rehabilitación y reinserción social” de todos los pacientes en general (art. 6), y del paciente psiquiátrico en particular. En efecto, posibilitó un Capítulo III (artículo 20) dedicado íntegramente a la Salud Mental, por el cual, por primera vez:

1) Se integra plenamente este campo de la atención médica en el sistema sanitario general;

2) Se consigue equiparar a la persona con enfermedad mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales;

3) Se establece que el principio de actuación para la atención de los problemas de salud mental es que debe realizarse en la comunidad, potenciando los recursos a nivel ambulatorio y en el ámbito domiciliario, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización;

4) Que cuando la hospitalización sea necesaria, se realizará en unidades específicas que se crearán en los hospitales generales;

Y 5) se promueve el desarrollo de unos servicios sociales específicos para la rehabilitación, reinserción social y atención integral de la persona con enfermedad mental, para lo cual ha de buscarse la necesaria coordinación sociosanitaria.

Como se puede comprobar, esta Ley pasa a ser el verdadero hito histórico en la protección social de las PCDM y a partir de ella se ha establecido un sistema de atención sociosanitaria a la Salud Mental a nivel de cada Comunidad Autónoma por estar las competencias sanitarias descentralizadas⁴⁹⁷. Dicho sistema está presidido por la atención en la

⁴⁹⁶ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁴⁹⁷ Si bien por efecto del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En concreto, la Salud Mental aparece en el Anexo II, apartado 8; Anexo III, apartado 5.1. apartados 5 y 7; Anexo VI, apartado 7 y apartado, 8.6; y el Anexo VII, apartado 8 y 8.1.B.

Comunidad y el cierre de los manicomios como máximo exponente de la anterior forma de tratar los problemas de salud mental, contraria a los principios más esenciales de la dignidad de la persona, “fundamento del orden político” establecido en nuestra Constitución de 1978 (art. 10.1 CE)⁴⁹⁸.

C. Protección económica de la Discapacidad y su compatibilidad con el empleo

Tal como indicamos en la parte introductoria del estudio, uno de los principales apoyos que precisan las PCDM para su inserción laboral es el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas públicas que le permitan poder subsistir durante el tiempo que dure su recuperación para el empleo⁴⁹⁹. Esto es, al tiempo que recibe la atención médica, farmacológica y

⁴⁹⁸ Sobre la reforma psiquiátrica, vid., entre otros, DESVIAT, M., *De locos a enfermos. De la psiquiatría del manicomio a la salud mental comunitaria*, Ayuntamiento de Leganés, Leganés (Madrid), 2007, p. 17, cuando indica: “La reforma psiquiátrica surge cuando la sociedad quiere otro destino para la locura”. Tras la II Guerra Mundial “por razones técnicas (el fracaso del hospital psiquiátrico como herramienta terapéutica) y razones éticas –la devolución de la dignidad, el respeto de los derechos de los pacientes mentales–, propician nuevos modelos de atención a los trastornos mentales y, en especial, a la psicosis”. Después, se indica cómo en España la reforma no tuvo lugar hasta la década de los ’80 del siglo pasado. Como dato importante del estado de la atención a la salud mental previo a la reforma, se recogen estadísticas del Ministerio de Sanidad del año 1982, momento en el que habían 37.613 camas psiquiátricas públicas y el 91% estaban situadas en hospitales psiquiátricos y sólo el 9% en hospitales generales. Además, la mayoría de estas plazas estaban inmovilizadas por estancias de por vida. Por otro lado, sólo el 1,6% de los psiquiatras trabajaban en atención extrahospitalaria.

⁴⁹⁹ Se recuerda lo visto anteriormente sobre el concepto de recuperación, en inglés *recovery*, por el que se pone de manifiesto una nueva forma de entender los problemas de salud mental. Se trata de que la persona más que curarse, se recupere, esto es, pueda volver a tener un sentido de su vida, con independencia de la enfermedad mental grave y sus síntomas y consecuencias, incluso aunque éstos se mantengan y no remitan totalmente. Existe ya numerosísima bibliografía al respecto. Vid., entre otros, Liberman, R. P. y Kopelwicz, A., “Un enfoque empírico de la recuperación de la esquizofrenia: definir la recuperación e identificar los factores que pueden facilitarla”, en *Rehabilitación Psicosocial*, 1(1), 2004, pp. 12-29.

social es conveniente que pueda percibir un apoyo económico hasta que pueda reincorporarse al mundo laboral.

Si el trastorno mental deviene cuando la persona está trabajando, surtirán efectos la protección a través del subsidio de Incapacidad Temporal (IT), cuestión que veremos con detalle en el apartado siguiente. Y si este proceso de IT deriva en una Incapacidad Permanente (IP), entrará en juego la cobertura del Sistema de Seguridad de tal contingencia, del que haremos un análisis detallado más adelante.

Por tanto, en este momento lo que nos interesa es la situación de la persona con trastorno mental grave, que pudiendo trabajar⁵⁰⁰, o bien no ha llegado nunca a tener un empleo, o bien lo ha tenido pero ya no le cubren las prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad antes vistas. Estudiar cómo se atiende a estas personas en esta concreta situación es el objeto del presente apartado.

1. Prestaciones sociales durante el proceso de recuperación para el empleo.

El reto de la protección social de las PCDM durante el tiempo que dura su recuperación para el empleo es doble: por un lado, obtener una cierta

⁵⁰⁰ Este es uno de los aspectos más complejos del tratamiento de las PCDM. Como ya se indicó anteriormente, no todas las personas que padecen un trastorno mental grave pueden llegar a trabajar. Determinar cuáles de ellas sí es competencia de los equipos profesionales de los Centros de Salud Mental con la ayuda, si así lo precisan, de los Centros de Rehabilitación Laboral, Psicosocial, o como se puedan denominar en cada Comunidad Autónoma.

Ahora bien, es muy importante tener claro que todas las reflexiones que siguen las realizaremos para PCDM que sí detentan capacidad de trabajo, dejando de lado a las que no la tengan. Sobre todo en lo referente a las pensiones o prestaciones públicas pues desde la Estrategia de Inclusión Activa de la Unión Europea -que en relación a las PCD está en fase de proyecto-, se quiere hacer depender su obtención de la inclusión en un programa de inserción laboral, se tenga o no efectiva capacidad para llegar a trabajar, cuestión que ya hemos criticado en otro lado, vid. DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA, C., "Proyecto de Inclusión Activa de jóvenes con discapacidad...", cit., pp. 49-50.

suficiencia económica que le permita subsistir de una manera digna⁵⁰¹; y, por otro, no desincentivar el deseo de reincorporarse al mundo laboral⁵⁰² para que sean los frutos, no sólo económicos, de su empleo, los que le permitan la autonomía y la mejoría de su estado de salud⁵⁰³. Conseguir el equilibrio entre estos dos objetivos de política social es el verdadero desafío del sistema normativo. Máxime si se piensa que la duración de tal situación de recuperación o rehabilitación laboral es incierta, pudiendo durar varios años en muchas ocasiones⁵⁰⁴.

Una primera reflexión nos lleva a entender que debería diferenciarse la protección económica que se otorgue según la situación social del sujeto. No debe atenderse igual a la persona que tenga cónyuge o familia que pueda servirle de apoyo, que a la que no tenga tal estructura familiar. También deben tenerse en cuenta las posibles responsabilidades familiares de la PCDM (hijos, personas dependientes, etc.). Y, en fin, se deberán contemplar en general las circunstancias vitales de la persona (lugar de residencia, distancia al centro de recuperación laboral, si posee vivienda en propiedad -con o sin hipoteca-, edad, otras enfermedades o discapacidades concurrentes, posibilidades de inserción laboral a corto plazo, etc.).

⁵⁰¹ De conformidad con el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, todos los ciudadanos de ésta tienen derecho a un apoyo social para combatir la exclusión social y la pobreza, con el fin de garantizarles una existencia digna.

⁵⁰² Véase, entre otros ejemplos, lo que se establece en el primer párrafo del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre (BOE del 5 de diciembre de 2006): “Las directrices sobre el empleo de la Unión Europea, vienen destacando la idea de que una política eficaz frente al desempleo no se debe basar exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de esta con medidas adecuadas de inserción laboral y, por ello, proponen que los sistemas de prestaciones sociales fomenten activamente la capacidad de inserción de los parados, particularmente de aquellos con mayores dificultades”.

⁵⁰³ Recuérdense los beneficios del trabajo para las PCDM ya vistos en el primer capítulo.

⁵⁰⁴ El tiempo medio de duración del proceso de rehabilitación laboral en la Red de Centros de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid es superior a los dos años. Ver, al respecto, las memorias anuales de estos dispositivos de servicios sociales especializados.

Asimismo, si de lo que estamos hablando es de poder incorporarse al mundo laboral, es posible que se exija a la persona que está en proceso de recuperación o rehabilitación laboral, la obtención de una cualificación determinada. En este caso, debe tenerse en cuenta esta circunstancia para la protección económica que pueda dispensarse (tiempo de formación, coste de la misma, etc.).

Esta cuestión de ponderar las circunstancias personales y sociales de la persona necesitada de protección social no es más que un ejemplo de la aplicación con equidad de las normas jurídicas. La equidad es uno de los principios generales del derecho que, como es sabido, constituyen “una guía interpretativa y criterio superior de realización del Derecho, admitidos en nuestro ordenamiento” (específicamente por el artículo 103.1 CE y 1.4 del Código Civil). En este caso, “se trata de adecuar la norma a la solución del caso concreto, ponderándola o moderando su rigor”⁵⁰⁵.

Por su parte, es necesario también tener en cuenta las exigencias que la Unión Europea dispone en relación a las ayudas económicas para las personas en riesgo de exclusión social desde su Estrategia de Inclusión Activa de la que hablamos ya en el apartado correspondiente al concepto de Protección Social. En concreto, se aboga por la flexibilización de la protección social para que el apoyo económico que pueda percibir una PCD, sea compatible con los ingresos provenientes del trabajo⁵⁰⁶. Este tema es muy importante en España pues, según

⁵⁰⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, cit., pp. 188-189. Como concluye el autor citando a GALIANA MORENO, J., se trata de “la superación de la Ley por el Derecho”, reflexiones todas ellas hechas hace más de treinta años pero que desde nuestro punto de vista son de indudable aplicación en la actualidad.

⁵⁰⁶ Vid. el punto 7 de la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2009, sobre inclusión activa de las personas excluidas en el mercado laboral (2008/2335 (INI)) (2010/C/212 E/06), DOCE 05/08/2010, en el cual “reconoce que la interacción entre la asistencia social y la actividad en el mercado laboral es compleja, en particular cuando el trabajo disponible puede ser de corta duración, temporal, precario o a tiempo parcial y cuando las condiciones para tener derecho a prestaciones y los sistemas de protección social y los tipos impositivos marginales, pueden tener un efecto disuasorio a la hora de aceptar un trabajo remunerado y el sistema de asistencia social es demasiado rígido para responder; insta, por ello, a desarrollar sistemas que apoyen eficazmente a las personas en un período de transición, en lugar de penalizarlas o

un estudio del Instituto Nacional de Estadística⁵⁰⁷, el 90,5% de las PCD que perciben una pensión (contributiva o no), no trabajan, mientras que de las que no perciben dicho apoyo económico, tal porcentaje se reduce al 41,6%⁵⁰⁸.

Tras estas consideraciones generales, es momento de estudiar cuáles son las respuestas normativas de nuestro sistema de Protección Social para prestar apoyos económicos a las PCDM durante su proceso de recuperación laboral y, en concreto, examinar en qué medida cumplen con los dos objetivos de política social antes indicados: permitir subsistir al individuo sin desincentivar su inserción laboral y, por otro lado, si tienen en consideración las circunstancias sociales y formativas del sujeto a la hora de determinar su cuantía.

Nos referiremos exclusivamente a las medidas normativas específicamente diseñadas para las PCD y no las establecidas genéricamente para colectivos en riesgo de exclusión social como Leyes de Rentas Mínimas de las Comunidades Autónomas y otras análogas. Tampoco estudiaremos otras ayudas económicas (tanto de la Administración General del Estado, el IMSERSO, como de las CC.AA.) bien individuales, bien institucionales, que no tienen carácter periódico y están sujetas a disponibilidades presupuestarias. Son

desincentivarlas o eliminar la asistencia con demasiada rapidez cuando una persona empiece a trabajar”.

⁵⁰⁷ Instituto Nacional de Estadística, “El empleo de las personas con discapacidad 2008”, 2010. Disponible en: http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/sites/default/files/Empleo_Personas_Discapacidad_2010.pdf. [2011, septiembre 19]. Como antes ya se comentó, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 268, recoge “un dato sociológico (...) y es que en España las preferencias de los trabajadores con discapacidad se han decantado siempre por la “seguridad” de una pensión, dejándose de lado inciertos procesos de recuperación sin la garantía de pensión ni empleo. La realidad social y la política legislativa han caminado preferentemente hacia las pensiones, con unos resultados clamorosamente pobres en materia de empleo”.

⁵⁰⁸ Vid. DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA, C., “Inclusión activa de jóvenes con Discapacidad...”, cit. pp. 54-55. También, más extensamente sobre la Renta y gastos de las PCD y comparando la situación con la población sin discapacidad, RODRÍGUEZ CABRERO, G., *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos de futuro. Análisis de la situación de la población con discapacidad y de las entidades del movimiento asociativo y aproximación a sus retos y necesidades en el horizonte de 2020*, Colección CERMI.es, promovido por Fundación ONCE, Grupo Editorial Cinca, S.A., Madrid, diciembre 2012, especialmente pp. 47-50.

herederas de las antiguas ayudas con las que se inició la acción asistencial al colectivo de PCD (provenientes del extinguido SEREM, FONAS, etc.) que hemos estudiado en el breve apunte histórico del apartado precedente⁵⁰⁹. Con estas premisas, las normas que pasamos a analizar las podemos dividir en:

1. Prestaciones del Sistema de Seguridad Social.
2. Prestaciones económicas de la ya derogada Ley de Integración Social de las PCD (LISMI), recogidas ahora en la LGD.
3. Ayudas económicas de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas.

Por tanto, como se puede observar, existen unas prestaciones incluidas dentro del Sistema de la Seguridad Social y otras externas al mismo. Quede claro desde el inicio que las principales son las propias de la Seguridad Social, pues las previstas en la LGD han quedado reducidas a una (de movilidad y compensación para gastos de transporte) que además casi no perciben las PCDM por estar diseñada para suplir las dificultades para utilizar el transporte colectivo, cuestión que no es esencial del trastorno mental. En relación con las terceras, las dictadas por las CC.AA. en sus competencias de Servicios Sociales, indicar que son muy específicas y concretas para la situación de la que estamos hablando, por lo que sería recomendable su homogeneidad en todo el territorio nacional, el incremento de su dotación económica, así como su estabilidad. Veamos cada una con detalle.

⁵⁰⁹ Para una remisión general a las mismas, vid. ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J.M. y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios Sociales Públicos*, cit., pp. 297-298.

a. Prestaciones del Sistema de Seguridad Social

Tales prestaciones como se acaba de indicar constituyen la parte más importante de la protección social para las PCDM que están en fase de recuperación. Son las cuatro siguientes:

- a) Prestación No Contributiva de Invalidez.
- b) Prestación por Hijo a Cargo con Discapacidad.
- c) Renta Activa de Inserción.
- d) Pensión de Orfandad, un apunte para una situación muy específica.

i) Prestación No Contributiva de Invalidez

Las Prestaciones No Contributivas (PNC) fueron instauradas en nuestro Ordenamiento de la Seguridad Social a través de la Ley de Prestaciones No Contributivas (LPNC) de la Seguridad Social, de 20 de diciembre de 1990. Su regulación está contenida en los artículos 144 a 149 de la Ley General de la Seguridad Social y en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrollan en materia de pensiones no contributivas la LPNC (en adelante, RPNC). Como es sabido, el fundamento de este tipo de prestaciones, cuya protección se otorga independientemente de la existencia de una cotización previa, sería pretender un nivel mínimo y universal de rentas de subsistencia⁵¹⁰, si bien se ha concretado únicamente para algunas situaciones de necesidad: jubilación, invalidez, maternidad, algunas prestaciones familiares y, en alguna medida, el desempleo. Como indica ALONSO-OLEA GARCÍA las PNC “se

⁵¹⁰ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J. *Curso de Seguridad Social*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 623, las define como “un mecanismo colectivo de solidaridad”. Léanse aquí las reflexiones aún válidas de ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., especialmente pp. 30-31 y 399-403.

configuran como derechos subjetivos pero imperfectos, en cuanto que el nacimiento del derecho a la prestación depende de una circunstancia personal (demostrar un estado de necesidad)”⁵¹¹.

En este momento, nos ocupamos únicamente de la Prestación No Contributiva de invalidez (en adelante, PNCi) pero no revisaremos todo su régimen jurídico⁵¹² sino únicamente algunos aspectos relevantes sobre todo porque consideramos que debe hacerse una reflexión para ver si cumplen con los requerimientos de la ya citada Estrategia Europea de Inclusión Activa.

- 1) Comenzaremos con la propia denominación de esta prestación si bien entendemos que este no es el punto más importante a reformular. Desde nuestro punto de vista debería pasar a denominarse PNC por discapacidad (PNCD) ya que la actual regulación exige en el artículo 144.1 c) de Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) “Estar afectadas por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento”⁵¹³. En palabras de RIVAS VALLEJO “la prestación de incapacidad permanente no contributiva no tiene por finalidad otorgar una renta de sustitución de las retribuciones salariales, a diferencia de la

⁵¹¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *La protección de las personas con discapacidad...*, cit., p. 39.

⁵¹² Para una visión general, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDIOR, G., *Las Pensiones No Contributivas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 6, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001. También, FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis Crítico del Sistema Español de Pensiones No Contributivas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002. Igualmente, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Pensiones No Contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Y en particular sobre las PNC de invalidez, vid. ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *La protección de las personas con discapacidad*, cit., pp. 145-159.

⁵¹³ Como indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Sobre la preexistencia de lesiones y su compatibilidad con la declaración de la incapacidad permanente. El trabajo de los discapacitados”, en RIVAS VALLEJO, P. y OTROS, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 176, “la formulación legal es tan clara que no admite ninguna otra interpretación ni tampoco ningún condicionante a la concesión de la prestación no contributiva (...). El único requisito que se pide en orden a acceder a la protección es que la lesión o lesiones que ocasionan la minusvalía vengan determinadas conforme a los baremos que se contienen en los anexos I y II del RD 1971/1999, de 23 de diciembre” (RDPD).

prestación contributiva, sino realizar una compensación por la falta de ingresos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas del interesado. Es por esto que el ordenamiento jurídico define la prestación de invalidez permanente no contributiva en base a la disminución de las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”, esto es, a la existencia de un grado de discapacidad igual o superior al sesenta y cinco por ciento⁵¹⁴. En este sentido, sería interesante clarificar por un lado, que cuando se tiene la consideración de PCD con el grado del sesenta y cinco por ciento exigido, se tiene derecho a esta prestación no contributiva si se cumplen el resto de requisitos legales (edad, residencia y carencia de rentas). Y, por otro lado, que debería existir otra PNC esta vez sí de incapacidad, para los casos en que la persona que tenga o no tenga la consideración de PCD, no puede acceder a la prestación contributiva de incapacidad por no cumplir con el resto de requisitos legales exigidos (específicamente el período de carencia o de cotización previa)⁵¹⁵. Por tanto, con la existencia de la diferenciación de prestaciones que sostenemos y propugnamos, se solventarían algunos de los problemas provocados por la confusión tradicional entre los conceptos de incapacidad/invalidez y discapacidad⁵¹⁶. No obstante, tal diferenciación de prestaciones ya parece no tener sentido desde el momento en que el legislador ha llevado a cabo una equiparación

⁵¹⁴ Vid. RIVAS VALLEJO, P. Y OTROS, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 130.

⁵¹⁵ Recuértese que la jurisprudencia del TS ya determinó hace años que las declaraciones de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones económicas son nulas y carecen de efectos jurídicos (SSTS de 14 de octubre de 1991 de la Sala General, recurso 344/1991, reiterada entre otras por 16 de marzo de 1995, recurso 1699/1993). Vid. al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Actualidad Laboral*, número 2, febrero 2013, pp. 196-198; también, LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M. J., *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011, p. 65.

⁵¹⁶ Al respecto, vid., entre otros, FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, cit., pp. 268-269.

entre las PCD y las personas a las que se le haya declarado una Incapacidad Permanente Total o Absoluta⁵¹⁷.

- 2) Más importante, sería reflexionar sobre los beneficiarios de la actual PNCi y, en concreto, sobre el requisito específico de la discapacidad requerida para tener acceso a esta prestación. Como se ha visto en el punto anterior, ahora mismo se exige ostentar un grado del sesenta y cinco por ciento o más de D para tener derecho a la prestación. Desde nuestro punto de vista, para el colectivo de PCDM se precisaría ampliar el campo de posibles beneficiarios de esta prestación en algunos supuestos. En efecto, entendemos que deberían incluirse a aquellas PCDM que tengan reconocida una D con grado entre un 33 y un 64 por ciento y que lleven un cierto tiempo de en situación legal de desempleo (más de un año) y no tengan acceso a otras prestaciones contributivas por tal contingencia⁵¹⁸. Cuando las PCDM llevan ese tiempo alejado del mundo laboral precisan más apoyos que el resto de la población para poderse reincorporar al mismo. Por tanto, el acceso a la prestación económica debe ir acompañada de su incorporación a un itinerario individualizado de inserción laboral en un Centro de Rehabilitación Laboral (o como se denomine en cada Comunidad Autónoma), con el objetivo de su reinserción en el trabajo. En todo caso, como decimos, será un acceso temporal y

⁵¹⁷ Artículo 4.2 de la reciente LGDPCD que refunde del anterior artículo 1.2 LIONDAU sobre la consideración de persona con discapacidad de los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una incapacidad permanente. Sobre tal equiparación, aunque anterior a esta última reforma, vid. ALONSO-OLEA GARCÍA, B. *La protección de las personas con discapacidad*, cit. pp. 149-150, con una valoración muy negativa sobre la misma.

⁵¹⁸ Vid. a este respecto y en la misma línea, la reflexión de ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *La protección de las personas con discapacidad*, cit., p. 86 en el que “llama la atención la diferencia de porcentaje que existe entre el 33 y el 65 por 100 en orden a poder generar derecho a las prestaciones, servicios y/o beneficios fiscales” y promueve en algunos casos su flexibilización para poder tener acceso a prestaciones sociales. También, Vid. CABRA DE LUNA, M. Á., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004, p. 40, quien abre esta posibilidad específicamente a las PCD “cuando no pudieran lograr un empleo remunerado”.

excepcional a la prestación, vinculada a su incorporación a un centro de reinserción laboral y a avances en el mismo. De esta manera se cumpliría en mayor medida con el objetivo de la inclusión activa que propugna la Unión Europea al vincular prestación económica con otros apoyos técnicos para la reincorporación laboral.

- 3) En línea con lo anterior, la actual PNCi debería vincularse con la incorporación a un recurso de servicios sociales de inserción laboral en el cual la PCDM tendría derecho a un Plan o Itinerario Individualizado de Inserción Laboral. Esta vinculación no sería efectiva para aquellas PCDM para las que los equipos de Salud Mental que las atienden establezcan que no tiene en ese momento capacidad de trabajo. Tal declaración formal de no aptitud para el trabajo, que entendemos debería ser excepcional y para la que puede pedir la colaboración de los Centros de Servicios Sociales especializados en la integración laboral (Centros de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma) debería regularse.

La fórmula legal frecuentemente utilizada es “siempre que sea posible” la inserción laboral o profesional que, como se observa, encierra un concepto jurídico indeterminado que como indican MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE⁵¹⁹ es “una cláusula condicionadora o precautoria” presente en múltiples regulaciones que se encargan de la materia. Debe aplicarse aquí también la dicción legal del artículo 203.1 de la LGSS que define de modo general la protección por desempleo que está prevista para “quienes, *pudiendo* y *queriendo* trabajar” (la cursiva es nuestra) pues de lo que estamos hablando es de la circunstancia excepcional de que una PCDM puede

⁵¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 425.

no tener la capacidad de llegar a ejercer una actividad profesional con los requerimientos que el mundo laboral exige.

A este respecto también puede ser interesante la fórmula utilizada por la COMISIÓN EUROPEA, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral”⁵²⁰, que indica: “Llegar hasta aquellos que están en los márgenes de la sociedad y del mercado de trabajo constituye una prioridad económica y un imperativo social. No existe contradicción alguna entre una economía dinámica y eficaz y una economía que prima la justicia social; al contrario, son estrechamente interdependientes. Si, por un lado, el desarrollo económico es indispensable para sustentar la prestación de ayuda social, por otro, la reincorporación al trabajo, siempre que estén en condiciones de realizar una actividad laboral, de las personas más alejadas del mercado laboral y el apoyo a su integración social, son componentes esenciales de la estrategia de Lisboa, cuya meta consiste en explotar al máximo el potencial de nuestros recursos humanos” (el subrayado es nuestro).

Si se enlazan prestación económica e incorporación a un programa individualizado de inserción laboral se cumpliría con el mandato de la Estrategia Europea de Inclusión Activa conforme a la cual deben combinarse las prestaciones económicas y técnicas para conseguir la reinserción laboral del sujeto. En el caso del dispositivo social (Centro de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma) entendiéndose que la PCDM tiene capacidad para llegar al mundo laboral pero no llega a lograr su inserción laboral no por motivos vinculados a su patología sino por su propia voluntad o por

⁵²⁰ COM (2007), 620 final, p. 2.

las circunstancias familiares que hacen que sea una persona sobreprotegida y que, como consecuencia de ello, no ve la necesidad de trabajar, en estos casos se podría suspender el cobro de la PN*Ci* por estos motivos. Para este supuesto que se describe, el Servicio Social (Centro de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma) debería expedir un informe motivado para que la Seguridad Social determinase la suspensión de la prestación y el tiempo por el cual la persona dejaría de cobrar la PN*Ci*. Con todo esto, se quiere hacer ver que la PC*DM* que por causa de su D y sus dificultades añadidas no puede acceder al mundo laboral, tiene que tener todos los apoyos (económicos y técnicos) para conseguir lograr la tan ansiada integración laboral. Pero, por su parte, aquella PC*DM* que no llegue al mundo laboral por su propia voluntad y ello se concluye tras una intervención social continuada en el tiempo, en coordinación con el equipo de Salud Mental y, en su caso, con la familia de la propia PC*DM* y tras intentar todas las soluciones técnicas que se entiendan necesarias (intervención psicológica, de terapia ocupacional, en taller prelaboral, por un técnico de empleo o un preparador laboral, prácticas no laborales, cursos de formación, etc.), se llega a la conclusión antedicha de que la persona literalmente “no es que no pueda, sino que no quiere trabajar”, entonces esa persona puede entenderse que no es merecedora de la PN*Ci* y podría suspenderse su ganancia. Ello es así porque nuestro sistema de protección social debe, como ya se ha dicho, “basarse no sólo en el compromiso prestacional del poder público sino también, y aunque en diverso grado, en el compromiso personal del individuo de poner de sí todo lo conveniente para conseguir la integración que el poder público ha de propiciar. El principio de solidaridad social exige (...) que el conjunto de los ciudadanos comparta una responsabilidad que es de todos y ponga los medios necesarios para posibilitar un acceso

igualitario a las oportunidades y al ejercicio de los derechos sociales”⁵²¹.

- 4) Otro aspecto a considerar en la PNci es su cuantía. Como es sabido, actualmente la PCD beneficiaria de esta prestación, percibe una cantidad módica mensual de dinero⁵²² que puede verse incrementada para el caso de que el sujeto sea titular de un contrato de arrendamiento⁵²³. Ahora mismo, sólo está previsto el supuesto de la vivienda alquilada para dar lugar a un complemento económico que por cierto consideramos que debería tener algún tipo de actualización periódica según el precio de mercado, en especial para grandes ciudades. El ejemplo de este complemento atendiendo una circunstancia concreta consideramos que es muy interesante y que podría “exportarse” a otras situaciones bien sean personales, bien propias del proceso de inserción laboral. En efecto, en cumplimiento de la Estrategia de Inclusión Activa de la Unión Europea entendemos que en la actual PNci deberían tenerse en cuenta y atenderse económicamente a otras circunstancias personales (tener hijos

⁵²¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción...*, cit., pp. 73-74. Estas palabras están referidas a la Renta Mínima de Inserción pero trascienden a esta concreta prestación y deben entenderse en general, como ellos mismos dicen en la misma página, “como una ‘nueva’ forma útil de gestión de lo social”. Aplíquese aquí también la dicción legal establecida como norma general de la protección por desempleo, y en alguna medida la PNci está pensada también para paliar esta contingencia, del artículo 203.1 LGSS que establece que la protección social del desempleo se prevé para “quienes, pudiendo *y queriendo* trabajar” (la cursiva es nuestra) por lo que si se demuestra que una persona no quiere trabajar, se permitiría la suspensión del cobro de la ayuda económica pública prevista para el tiempo en que no se puede conseguir un empleo.

⁵²² Para 2015 se ha establecido por la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (en adelante, LPGE15) que establece la actualización y revaloración de las pensiones para 2015. Las PNC experimentan una revalorización quedando su cuantía anual en 5.136,60 euros íntegros anuales, que se abonan en 12 mensualidades más dos pagas extraordinarias al año. Mensualmente, el beneficiario cobra 14 pagas de 366,90 euros.

⁵²³ La cuantía anual se mantiene en 2015 en 525 euros según queda establecido en la LPGE15. La normativa aplicable a este supuesto lo encontramos en el Real Decreto 1.191/2012, de 3 de agosto, por el que se establecen normas para el reconocimiento del complemento de pensión para el alquiler de viviendas a favor de los pensionistas de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

menores de edad a su cargo, que el beneficiario sea mayor de una determinada edad -45 ó 50 años- porque está comprobada estadísticamente sus mayores dificultades de inserción laboral, y otras posibles circunstancias personales o sociales entre las que podría estar, por ejemplo, el quedarse huérfano de la que luego se hablará sucintamente) o del propio itinerario de inserción laboral. En concreto, entendemos que se podría tener en cuenta la incorporación a un proceso formativo para que la persona se recicle o se recualifique, para incrementar la cuantía de su PNCi. Para ello, deberían tenerse en cuenta, entre otros, el tipo de formación (preferentemente formación profesional o cursos que posibiliten el acceso al título de cualificación correspondiente), el coste y duración de la formación, sus necesidades de desplazamiento, etc.

Con todo ello lo que se conseguiría sería incrementar la cuantía de la PNCi bien por circunstancias personales que hoy no son tenidas en cuenta (hijos, edad que dificulta la inserción laboral, etc.), bien para atender a gastos que requiere su itinerario de inserción laboral como es específicamente el acceso a un curso de formación, lo que promoverá la realización de éstos tan importantes para volver al mundo laboral tras una etapa alejado del mismo. El resultado será que nuestra PNCi sea, en consonancia con la Estrategia de Inclusión Activa de la UE, una medida de atención social que se adapta mejor a ciertas circunstancias personales y que promueve en mayor medida el proceso de recualificación e inserción laboral, tan necesario para hacer sostenible nuestro sistema de protección social.

- 5) Por último, es menester realizar unas reflexiones en torno a la compatibilidad de la PNCi con el empleo pues flexibilizar la protección social para hacer compatible el percibo de una pensión o prestación pública, fundamentalmente con los ingresos provenientes de un trabajo, es un aspecto querido por la Unión Europea. En efecto, tal como indica el Parlamento Europeo en la ya citada al comienzo de

este apartado Resolución de 6 de mayo de 2009, sobre inclusión activa de las personas excluidas en el mercado laboral, se deben establecer sistemas de protección social que “en lugar de penalizarlas o desincentivarlas o eliminar la asistencia con demasiada rapidez cuando una persona empiece a trabajar”, sean verdaderas prestaciones “que apoyen eficazmente” a las personas que están en un proceso de tránsito hacia el empleo.

La última reforma legal de las PNCi en este punto data de 2005⁵²⁴, cuando el partido político Convergencia i Unió consiguió que se aprobase una norma por la cual se añadió el segundo párrafo al artículo 147 de la LGSS a través del cual se flexibiliza durante los primeros cuatro años de relación laboral y se hace compatible en alguna medida pensión y salario. Lo que nos interesa resaltar está referido concretamente a la dinámica de la prestación si el trabajador/a con D pierde el empleo. En ese momento la PCDM que sea beneficiaria de una PNCi debe volver a solicitar la pensión y, al depender ésta, como se sabe, de los ingresos de las personas con las que convive legalmente en su domicilio (empadronadas), tiene como resultado que para volver a cobrar la prestación se precisa de un farragoso trámite burocrático que desincentiva, sobre todo a la familia de la PCDM, la apuesta por el empleo⁵²⁵. Por tanto, se precisaría que se haga efectivo, tal y como indica el párrafo tercero de la letra d) del artículo 144.1 LGSS, la recuperación automática de la prestación cuando se les extinga su contrato de trabajo.

Por otra parte, más adelante junto con la Prestación por Hijo a Cargo y la Renta Activa de Inserción se hará un estudio de conjunto de la compatibilidad de estas prestaciones con el empleo con una

⁵²⁴ Ley 8/2005, de 6 de junio (BOE martes 07/06/2005), para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado.

⁵²⁵ En el mismo sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 259-261.

propuesta de modificación legal para hacerlas más compatibles con la Estrategia de Inclusión Activa de la UE.

ii) *Prestación Por Hijo a Cargo con Discapacidad*

La prestación por Hijo a Cargo con Discapacidad (en adelante PHC) es una modalidad de PNC regulada en los artículos 181 y ss. de la LGSS. En lo que a nosotros nos interesa a los efectos del presente estudio centrado en las PCDM, consiste en una asignación económica por cada hijo que tenga reconocida una D en un grado igual o superior al 65%. Si la PCDM lo es en un grado mayor al 64% es indiferente su edad de cara a que sus familiares perciban una ayuda económica por parte del Sistema de Seguridad Social pues se entiende que están haciendo frente a sus gastos de alojamiento, manutención, transporte, vestido, ocio, etc..

El causante es el hijo con D con grado mayor al 64% y los beneficiarios son los familiares quienes, en virtud del artículo 182.3 LGSS, lo serán con independencia de cuál sea su nivel de ingresos.

La cuantía mensual es la misma de la que se dijo para la PNCi pero en lugar de catorce pagas, en esta prestación únicamente se perciben doce al año⁵²⁶.

El ingreso de la PHC no es compatible con la PNCi por lo que las familias de las PCDM eligen, según sean sus ingresos, entre una u otra prestación. Si sus ingresos superan los límites para que su hijo obtenga la PNCi, podrán optar únicamente a la PHC.

⁵²⁶ Para 2015 se ha incrementado en 1€ mensual por la LPGE15 y el beneficiario cobra 12 pagas de 366,90 euros.

Dos son las cuestiones de las que consideramos que deberían repensarse en relación a la PHC. Por un lado, quién debe ser el beneficiario de la prestación y, por otro, la compatibilidad entre empleo y esta prestación.

En cuanto a la primera de las cuestiones, entendemos que la PHC casa mal con la Convención de Naciones Unidas que proclama como el primero de sus principios (Art. 3) “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

Si la PCD y en nuestro caso la PCDM, es mayor de 18 años y no está incapacitada o curatelada, no se entiende por qué no es ella quien percibe la PHC. Por tanto, no sólo debería ser el causante de la prestación sino también su beneficiaria. La simple confrontación del tenor literal de los artículos 181 y ss. LGSS con el artículo recién citado de la Convención lleva a colegir que no superan el examen mínimo de ser unos preceptos que respetan la dignidad inherente de la PCD y pensados en pos de su autonomía, su independencia y la libertad de adoptar sus propias decisiones. Por tanto, desde nuestro punto de vista deben modificarse para que el beneficiario de la actual PHC pase a ser la propia PCD.

Si ello es así se debería cambiar la denominación de tal prestación pasando a ser PNC por Discapacidad. Y si tal sucede, recuérdese que tal denominación también la hemos utilizado para reformular la actual PNCi. Por tanto, no se entendería que hubiera dos prestaciones públicas que estuvieran pensadas para atender la misma situación de necesidad cual es la de padecer una discapacidad que impide una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas. Por consiguiente se tendría que dejar una única prestación no contributiva por causa de discapacidad en lugar de la situación actual que existe una PNCi que no es por tal incapacidad sino por causa de D y una PHC cuyo causante debe pasar a ser también el beneficiario de la misma.

Por su parte, en lo que respecta a la compatibilidad de la PHC con el empleo la PHC sufrió su última modificación en 2007, cuando la Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁵²⁷, de medidas en materia de Seguridad Social subió del 75% al 100% del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) la cantidad de dinero que era compatible, en cómputo anual, con la percepción de dicha pensión. Si la PCD cobra siquiera un euro más del SMI, se suspende el cobro de la pensión y si pierde, por la razón que sea, el trabajo, volverá automáticamente a cobrar la pensión (siempre que mantenga el 65% de grado de Discapacidad, claro).

Nuestra valoración es ambivalente. Por un lado, es positiva porque permite el retorno automático a la prestación cuando se pierde el empleo. Pero es también negativa en cuanto que no se puede compatibilizar en ninguna medida con trabajos que superen el SMI. Por tanto, desincentiva la realización de trabajos o, mejor dicho, incita a que la PCD sólo quiera realizar trabajos compatibles con su pensión y por ello consideramos que podría mejorarse en alguna medida para cumplir con los requisitos de la Estrategia de Inclusión Activa de la UE. Una vez analizada la siguiente prestación, la Renta Activa de Inserción, realizaremos una propuesta conjunta de reformulación de la compatibilidad del empleo con las tres prestaciones que actualmente existen para las PCD (PNCi, PHC y Renta Activa de Inserción).

iii) Renta Activa de Inserción.

La Renta Activa de Inserción (en adelante, RAI), como se sabe, “pretende combinar la tradicional técnica de ayuda económica –política pública pasiva de protección social- con la técnica de inserción –vale decir, participación”⁵²⁸ pues lo que se trata de paliar no es únicamente “una situación de falta de ingresos –

⁵²⁷ BOE miércoles 05/12/2007, modificando el artículo 181 a) de la LGSS.

⁵²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción...*, cit., p. 73.

pobreza absoluta o relativa-, sino que también comporta una ausencia de participación del sujeto en los diversos ámbitos de la vida laboral e incluso social, que puede llegar a comprender aspectos tan básicos como la vivienda, la educación, la salud, etcétera”⁵²⁹, que se ha convenido aglutinar en el concepto ‘exclusión social’⁵³⁰.

La regulación de la RAI viene contenida en el Real Decreto 1.369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (BOE d 5 de diciembre), en desarrollo del apartado cuarto de la Disposición Final Quinta de la LGSS, introducido por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 13 de diciembre).

En relación al régimen jurídico de la RAI⁵³¹ lo que ahora nos interesa resaltar es que es una prestación que está muy en la línea de la Estrategia Europea de Inclusión Activa impulsada por la Unión al unirse su cobro a la incorporación a un itinerario de inserción laboral. El problema es que, en la práctica, no existe en la inmensa mayoría de los casos, tal itinerario individualizado por lo que se debería regular que para las PCDM el cobro de la RAI viniera de la mano con la entrada en un Centro de Rehabilitación Laboral (o como se denomine en cada Comunidad Autónoma) en el cual están previstos todos los apoyos necesarios para la inserción laboral de las PCDM.

⁵²⁹ MORENO GENÉ, J. M. y ROMERO BURILLO, A. M., *El nuevo régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 19.

⁵³⁰ Sobre el mismo y su distinción con el concepto de pobreza, vid. entre otros, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la pobreza y la exclusión social en España. Informe número 8*, Editorial CES, Madrid, 1996.

⁵³¹ Para un estudio en profundidad, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., “La Renta Activa de Inserción: una perspectiva desde el empleo”, en CARDONA RUBERT, M. B. (Coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 263-281.

Por lo que respecta a la compatibilidad entre la RAI, cuya cuantía asciende al ochenta por ciento del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en cada momento⁵³², y el cobro de un salario, se permite con un trabajo a tiempo parcial (con un máximo de 33 meses, tiempo máximo que se tiene el derecho a la RAI para las personas con D), y se suspende el cobro cuando se trabaja a tiempo completo durante los primeros seis meses, pasados los cuales ya no se tiene derecho a su cobro porque se piensa que ha cubierto su finalidad⁵³³.

Tras el siguiente apartado relativo a la pensión de orfandad, veremos en conjunto el tema de la compatibilidad con el empleo de las prestaciones que actualmente puede percibir una PCDM (PNCi, PHC o RAI).

iv) Pensión de Orfandad, un apunte para una situación muy específica.

Como se sabe, la regulación de la pensión de orfandad no menciona la discapacidad pues tienen derecho a dicha pensión, de conformidad con el art. 175 de la LGSS, los hijos del causante bien por ser menor de veintiún años (o veinticinco para los supuestos previstos en el apartado segundo del mismo precepto legal), bien por estar incapacitado para el empleo. No obstante, es en relación a este último punto relativo a la incapacidad profesional por el que, en ocasiones, PCD están de hecho percibiendo la pensión de orfandad aunque no hayan pasado un tribunal médico y tengan una resolución específica de Incapacidad Permanente por parte de la Seguridad Social.

⁵³² Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2.c) del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía (BOE de 26 de junio).

⁵³³ Para un estudio detallado, vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *El nuevo régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción...*, cit., pp. 224-228.

La cuestión parece devenir de una equiparación entre un determinado grado de discapacidad (>64%) y la situación de Incapacidad Permanente y se suele dar en aquellos casos en que PCD que ya venían percibiendo la Prestación No Contributiva de Invalidez, tienen la desgracia de que fallezca uno de sus progenitores. En ese momento, el Instituto Nacional de la Seguridad Social establece que tal PCD por tener asignado tal grado de discapacidad *se considera que* está incapacitado para el trabajo y, de hecho, se le permite ser perceptor de la pensión de orfandad, además de manera compatible con la prestación no contributiva que ya venía percibiendo. Tales situaciones las conocemos de primera mano por nuestro trabajo como Técnico de Apoyo a la Inserción Laboral de PCDM en un Centro de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid, en el que varias de las personas atendidas perciben de hecho la pensión de orfandad y, tras preguntar al Director del Instituto Nacional de la Seguridad Social correspondiente éste ratifica la cuestión que se está planteando, indicando que se hace con una finalidad tuitiva para la PCDM.

En la doctrina judicial encontramos también supuestos idénticos. Por ejemplo, véase la STSJ Madrid, nº 857/1998 de 3 de noviembre⁵³⁴ en la cual, para proteger a la PCDM el tribunal indica que “de modo que aun cuando en abstracto pueda entenderse que el porcentaje de minusvalía que le aqueja es inferior al de una invalidez para todo trabajo, es indudable que tratándose de desordenes mentales, la realidad es muy otra de cara al mercado laboral y que sólo teóricamente cabría entender que la actora dadas sus circunstancias y profesión (profesora de piano) se halla en condiciones de realizar alguna actividad con el mínimo de estabilidad y dedicación exigible, deduciéndolo así la Sala de cuanto obra en autos. Y puesto que se trata, en definitiva, de una calificación o valoración, a los efectos litigiosos, de la situación de la actora y ello sólo incumbe a los órganos jurisdiccionales, cabe revocar el criterio del juzgador de instancia aunque se mantenga el relato fáctico, concluyendo, pues, que aquélla se encuentra incapacitada para el trabajo en los términos del art. 175

⁵³⁴ AS/1998/4.117.

de la Ley General de la Seguridad Social exclusivamente a los fines de este proceso (pensión de orfandad)”. También, la STSJ de Asturias, nº 4.091/2003, de 19 de diciembre⁵³⁵.

La base jurídica de tal equiparación entre discapacidad e incapacidad permanente podría estar en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la LPNC (en adelante, RPNC) que aunque no habla para nada de la pensión de orfandad y está regulando otro supuesto totalmente distinto, sí es cierto que equipara el grado del 65% de discapacidad a la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo⁵³⁶. Este es un ejemplo más de la confusión conceptual existente entre incapacidad y discapacidad en muchos casos de nuestra normativa de protección social.

Nuestra valoración de este concreto supuesto es la siguiente:

Es evidente que la razón que mueve a equiparar discapacidad e incapacidad permanente es provocar una mayor protección económica de la PCD que tiene un alto grado de discapacidad. De hecho, se consigue por este medio incrementar en un alto porcentaje la prestación económica que percibe el beneficiario. Pero está claro que este concreto supuesto está necesitado de una regulación mucho más clara. Las dos opciones que pensamos que podrían utilizarse sería:

- d) Ampliar la pensión de orfandad en general para las PCD con grado del 65% o más, durante el tiempo que tenga reconocida ésta.
- e) Tener más presente, como antes se apuntó, las diferentes circunstancias personales, familiares y sociales de las PCDM en la Prestación No

⁵³⁵ JUR/2004/68.031.

⁵³⁶ Sobre este precepto vid. ALONSO-OLEA GARCÍA, B. *La protección de las personas con discapacidad*, cit. pp. 149-150, con una valoración muy negativa sobre el mismo.

Contributiva de invalidez, pudiendo tener una mayor cuantía de prestación económica para los casos en que pierde a un progenitor⁵³⁷.

En cualquiera de las dos opciones, en cumplimiento de la Estrategia de Inclusión Activa de la Unión Europea a la que ya hemos hecho alusión en varios puntos del presente trabajo, se debería regular como ya antes se apuntó, que sea obligatorio que los equipos de Salud Mental que atienden a la PCDM deban indicar si tiene o no capacidad de trabajo y, para el caso de que la respuesta sea afirmativa, por un lado, establecer la necesidad de incorporarse a un proceso de recuperación o rehabilitación laboral y, por otro, regular su compatibilidad con el trabajo para incentivar en alguna medida la reinserción laboral.

v) Compatibilidad entre las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el empleo para una PCDM en fase de recuperación para el empleo. Propuesta de conjunto.

Tal como se ha indicado al estudiar las diferentes prestaciones del Sistema de Seguridad Social que puede percibir una PCDM que está en fase de recuperación de su D y en búsqueda de empleo y mientras dura esta situación (PNCi, PHC o RAI), entendemos que en el concreto tema de la compatibilidad entre prestación y empleo debería hacerse una reflexión conjunta que llevaría a una modificación legal para acoplar estas prestaciones públicas con la Estrategia Europea de Inclusión Activa⁵³⁸. En concreto, entendemos que en este tema de la compatibilidad del salario y la pensión, que es una cuestión que, como antes se apuntó, puede ayudar a que las personas que perciben una

⁵³⁷ Vid. supra el apartado correspondiente a la Prestación No Contributiva de invalidez.

⁵³⁸ Tal compatibilidad entre pensiones y trabajo, promovido desde la perspectiva de la Estrategia Europea de la Inclusión Activa algún autor lo ha vinculado al deber de trabajar recogido en el artículo 35.1 CE, sobre el tema, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 131 y ss.

prestación pública se animen a trabajar, debería tenerse en cuenta dos variables⁵³⁹. Por un lado, el tiempo de compatibilidad entre la prestación y el salario y, por otro, la cuantía que puede ser compatibilizada. Si bien es cierto que tal operación se puede complicar porque es posible que se unan ambas variables en el sentido de permitir la compatibilidad un determinado tiempo si el salario no alcanza una cuantía específica.

En relación al primero de los aspectos, el tiempo de compatibilidad del cobro de la prestación y el salario, no se entiende cómo en las tres prestaciones estudiadas (PNCi, PHC y RAI) no hay un mínimo común denominador y nuestra posición sería favorable a tener un criterio común en este concreto punto. La regulación jurídica debe tener como premisa fundamental que todas las prestaciones tendrían que tener un espacio temporal en el que se pueda compatibilizar con el salario sin poner ningún impedimento porque, de hecho conseguir el trabajo es el fruto de todos los esfuerzos que ha venido realizando la persona durante el tiempo en que se le ha dado esta prestación pública. Si en el momento en que consigue un trabajo, se cierra automáticamente el ingreso público, se ha visto que es un hecho que desincentiva la búsqueda de empleo y consigue el efecto contrario al pretendido, esto es, que la persona (y en concreto las PCDM y/o sus familias) no quieran trabajar porque no saben si van a ser capaces de mantener el empleo.

Sobre este aspecto, las tres prestaciones estudiadas han ido evolucionando, como se ha comprobado en el estudio concreto de cada una, hacia flexibilizar su grado de compatibilidad con el salario por lo que lo que se está proponiendo no sería más que clarificar y unificar en cierta medida su régimen jurídico.

¿Cuánto tiempo sería el recomendable para esta compatibilización entre prestación y empleo? Entendemos que no menos de un año y, en la medida de

⁵³⁹ Estas propuestas que a continuación se exponen son fruto de nuestra experiencia práctica de ver qué efectos tienen las prestaciones públicas en el acceso al trabajo de PCDM, durante el desempeño del puesto de trabajo de Técnico de Apoyo a la Inserción Laboral en un Centro de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid.

lo posible, dos años sería el número idóneo ya que éste suele ser el límite temporal que, por regla general, es establecido en una Declaración de Incapacidad Permanente o en un Reconocimiento del Grado de Discapacidad para su revisión⁵⁴⁰. También coincide con el límite legal para los trabajos temporales de un mismo trabajador/a realizados para una misma empresa⁵⁴¹. Por tanto, entendemos que dos años es un tiempo más que prudencial para que las partes del contrato de trabajo se conozcan sobradamente y la PCDM (y su familia), por su parte, tenga confianza en sí mismo como para seguir trabajando y no necesitar del apoyo económico proveniente de una prestación social.

Por su parte, en relación al otro aspecto a tener en cuenta, la cuantía, nos referimos al límite monetario de salario a tener en cuenta para que sea compatible con la percepción de una de las pensiones públicas estudiadas (PNCi, PHC o RAI). En este punto entendemos que también tener un criterio común sería interesante. En concreto, dado las posibles diferenciales salariales según las actividades que pueda llevar a cabo la PCDM, consideramos que sería más práctico construir el sistema partiendo tanto del tiempo de jornada del contrato de trabajo que pueda encontrar la PCDM pues a mayor número de horas de jornada (diaria, semanal, mensual o anual), mayor será normalmente la retribución que obtenga, como de la duración del contrato de trabajo obtenido por la PCDM⁵⁴².

⁵⁴⁰ Tal límite temporal de dos años es el establecido como regla general para la revisión del grado de discapacidad en el artículo 11.2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de Discapacidad (RDPD), “excepto que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento del grado, en cuyo caso, no es preciso agotar este plazo de dos años”. Vid. al respecto, ALONSO-OLEA GARCÍA, B. et al, *La protección de las personas con discapacidad*, cit., pp. 83-84.

⁵⁴¹ Artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, con las diversas modificaciones de la Ley 43/2006 y de la Ley 35/2010.

⁵⁴² Por su parte, CABRA DE LUNA abogó hace años ya por una compatibilidad entre PNCi y Salario Mínimo Interprofesional. Vid. CABRA DE LUNA, M. Á., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004, p. 40.

La regla general que propugnamos será establecer una compatibilidad total entre la pensión y un empleo a tiempo parcial de hasta seis horas de trabajo diario. Si el contrato obtenido es un temporal, durará todo el tiempo de duración del contrato, con el límite temporal entre uno y dos años de duración expuesto más arriba. Y si el contrato laboral conseguido por la PCDM es indefinido será compatible con la prestación pública igualmente hasta el año o dos años indicados anteriormente. Este criterio de las seis horas se basa exclusivamente en una razón meramente estadística cual es que la gran mayoría de trabajos a tiempo parcial a los que acceden las PCDM atendidas en los Centros de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid son menores de esta cantidad y de esta manera, se consigue apoyar que el trabajador/a con D “pruebe” primeramente con una menor carga laboral horaria, cuestión muy demandada tanto por las propias PCDM como por sus familias.

Por su parte, cuando el empleo obtenido es superior a las seis horas de jornada o es a tiempo completo, dependerá de si se trata de un contrato temporal o si es indefinido. Para el primer caso, si el contrato temporal es de duración menor a un año, la compatibilidad se propugna que sea también total, esto es, que se perciba todo el salario y toda la pensión durante esta inserción laboral. Para el caso de que su duración sea mayor a un año, aunque sea una mera previsión por tratarse por ejemplo de una obra o servicio que tiene fecha indeterminada de terminación, o se trate de un contrato indefinido, consideramos que debería regir la suspensión del apoyo económico de la prestación pública con una reactivación automática sin necesidad de un gran trámite burocrático si se pierde el empleo y al finalizar, en su caso, las prestaciones por desempleo de las que pudiera gozar la PCDM, con igual límite de tiempo de entre y dos años visto con anterioridad.

Como conclusión de este punto, las reglas que deben presidir nuestro sistema de protección social de las PCDM en fase de recuperación para el empleo para armonizarlo con la Estrategia de Inclusión Activa promovida por la Unión Europea deben ser: por lo que respecta al tiempo, la compatibilidad

entre pensión y trabajo entre uno y dos años y, en lo referente a la cuantía, dependerá según sea la duración y el tiempo de jornada del contrato conseguido. En el bien entendimiento que a menor duración de contrato temporal y menor tiempo de trabajo diario, mayor debe ser la cuantía de pensión a percibir. En todo caso, la suspensión de la prestación y su reactivación automática para el caso de pérdida del empleo debe tener un papel mucho más relevante de lo que tiene en la actualidad. Todo ello, entendemos que ayudará a incrementar el porcentaje de PCDM que aun disfrutando de una prestación pública (PNCi, PHC o RAI) se animen a trabajar y consigan no depender de dicha ayuda asistencial sino poder vivir de su trabajo y aportar al sistema contribuciones e impuestos que son tan necesarios para el sostenimiento de nuestro actual sistema de protección social.

vi) Compatibilidad entre las prestaciones económicas y la incorporación a un programa de inserción laboral. Propuesta de conjunto.

Aunque ya se ha visto al referirnos específicamente a cada una de las prestaciones estudiadas, conviene dejar claro una cuestión de principio: tal como exige la Estrategia de Inclusión Activa de la Unión Europea, sería interesante que a la prestación económica se uniese una prestación técnica por la cual toda PCDM tuviera derecho a la incorporación a un programa individualizado de inserción laboral (Centros de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma).

Además de todos los argumentos esgrimidos en anteriores páginas, baste citar como antecedente histórico, como antes se dijo, el Servicio Social de Asistencia a Menores Subnormales, creado por el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, antecedente inmediato de la actual prestación por hijo a cargo, en el

cual se compatibilizaba el ingreso económico con un servicio especializado para la reinserción laboral.

La doctrina más autorizada como es ÁLVAREZ DE LA ROSA también está por la compatibilidad entre las dos prestaciones técnica y económica⁵⁴³.

b. Prestaciones económicas recogidas en la LGD.

Como se ya se indicó, las prestaciones específicas para PCD están unas dentro del Sistema de Seguridad Social y otras fuera de dicho sistema, reguladas bien por las CC.AA., bien por la vigente LGD que como ya se dijo refunde entre otras normas la ya derogada LISMI. Nos referimos a estas últimas en este momento.

Las prestaciones, tanto sociales como económicas, que reguló en su día la LISMI y ahora están recogidas en la actual LGD, nacen en desarrollo del artículo 49 CE, que promueve en esencia una política de atención integral y especializada⁵⁴⁴ al colectivo. El artículo 8.1 LGD (refunde el art. 12 de la LISMI) lo define como un “sistema especial” de prestaciones sociales y económicas para las PCD. La especialidad deviene de estar destinadas “para las personas con discapacidad que por desarrollar una actividad laboral, no estén incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social”. Se desarrollan una serie de prestaciones sociales y otras económicas, de las que nos encargaremos brevemente de estas últimas⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Vid. *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, cit., p. 335.

⁵⁴⁴ MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 33.

⁵⁴⁵ Para una panorámica general sobre los Servicios Sociales para PCD, vid. ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J.M. y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios Sociales Públicos*, cit., pp. 288-295. Por cierto, que no hay ninguno de ellos que esté específicamente diseñado para las PCDM, un ejemplo más del arrinconamiento histórico de esta D incluso dentro del propio

Por lo que respecta a las prestaciones económicas, la LISMI contempló en su día las siguientes: el subsidio de garantías de ingresos mínimos, el subsidio por ayuda de tercera persona y el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (art. 12.2. b, c y d, respectivamente). Ahora bien, de los tres subsidios antedichos, los dos primeros (el de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona) fueron expresamente suprimidos por la Disposición Adicional novena de la Ley de Prestaciones No Contributivas (LPNC) de la Seguridad Social, de 20 de diciembre de 1990, perviviendo con carácter transitorio para los que tuvieran reconocido tal derecho con anterioridad a la LPNC y congelándose su cuantía en la cantidad de 146,86. Tal regulación se ha mantenido básicamente en la nueva LGD (art. 8.3 y Disposición Transitoria única). Por consiguiente, como quiera que ahora no puede accederse a tales subsidios ya suprimidos, nos centraremos en el de movilidad y compensación por gastos de transporte⁵⁴⁶, recogido en los arts. 8.1 b) y 31 LGD.

En relación a este último subsidio, se trata de una prestación cuya finalidad es atender los gastos por desplazamientos fuera del domicilio habitual de aquellas PCD que tengan dificultades para utilizar el transporte público (arts. 31 LGD, que refunde el 15 de la LISMI, y 24 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previstas en la LISMI, norma no derogada expresamente por la LGD y al no haberse modificado en nada los términos del subsidio que se estudia se entiende que sigue vigente).

Por consiguiente, está diseñado para PCD cuya limitación sea física, con grandes dificultades de movilidad, por lo que, por regla general, no accederán a ella el colectivo de PCDM, protagonista de este estudio. No obstante, sí es

colectivo que se está tratando de salvar desde la última década del Siglo XX, tras la implantación de la Ley General de Sanidad, eso sí, por CC.AA. y sin homogeneizar la atención en todo el territorio nacional.

⁵⁴⁶ Sobre la regulación concreta de los subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y de Ayuda de Tercera Persona, vid. ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *La protección de las personas con discapacidad...*, cit., pp. 161-162.

interesante indicar que se trata de una prestación periódica y de cuantía uniforme que no incluye pagas extraordinarias, que, por tanto, no tiene en consideración ni las circunstancias personales y familiares del sujeto (más que para establecer un límite máximo de ingresos que si se supera no se tiene derecho al subsidio); ni tampoco si la persona se incorpora a un proceso de recuperación laboral o, cuanto menos, si accede a una formación, para regular su cuantía. Asimismo, la compatibilidad del subsidio con el trabajo es francamente muy difícil: no permite estar de alta en ningún régimen de Seguridad Social cuando se solicita y, para el caso de cumplir este requisito, los ingresos anuales no pueden exceder del SMI. Por todo lo anterior, es una prestación muy básica, propia de la época en que fue concebida –mediados de los años 80 del siglo pasado–, que adolece de las características técnicas que son pretendidas en este momento por la Unión Europea dentro de su Estrategia de Inclusión Activa antes aludida en varios puntos de este trabajo, donde se impulsa diseñar las prestaciones sociales con el objetivo prioritario de la reinserción en el mundo laboral.

c. Ayudas económicas de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas.

Nos referimos en este momento a una serie de ayudas económicas reguladas por las diferentes Comunidades Autónomas, dentro de sus competencias de Servicios Sociales, cuya finalidad es poder sufragar algunos gastos derivados de la inclusión de las personas con enfermedad mental grave y duradera en programas de rehabilitación y reinserción social⁵⁴⁷ y, de esta manera, servir para

⁵⁴⁷ Para tener acceso a estas ayudas en la Comunidad de Madrid las PCDM deben estar incluidas dentro del Programa de rehabilitación y continuidad de cuidados de los Servicios de Salud Mental del Servicio Madrileño de Salud (artículo 2 Orden 291/2015, de 3 de marzo, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se modifican las bases reguladoras aprobadas por Orden 416/2013, de 24 de abril, de la Consejería de Asuntos Sociales, y se aprueba la convocatoria para el año 2015 de ayudas individuales de apoyo social a personas integradas en

que la persona pueda incorporarse y mantenerse a estos programas en los que se promueve su autonomía personal y su integración social⁵⁴⁸.

Como se puede observar, son apoyos económicos específicamente diseñados para la situación a la que nos estamos refiriendo en este apartado: PCDM que se encuentran en proceso de recuperación por lo que la valoración inicial es muy positiva.

Estudiaremos estas ayudas a partir de la regulación establecida en la Comunidad de Madrid. Hay otras Comunidades Autónomas que regulan alguna ayuda semejante pero lo cierto es que la Comunidad de Madrid se encuentra a la vanguardia en la Red de Atención Social a personas con enfermedad mental grave y ha regulado con cierto detalle este particular y, por ello, se toma como ejemplo⁵⁴⁹.

Tal como indica la Orden de la Comunidad de Madrid que regula estas ayudas para el año 2015⁵⁵⁰, son “un medio adecuado y útil que favorece la integración social (...), evitando que determinadas circunstancias socioeconómicas desfavorables (...) puedan hacer inviable su acceso a las actividades de dichos programas” de reinserción sociolaboral.

En la actualidad, continuando con lo establecido en 2014, sólo existe ayuda para alojamiento. No obstante, en años anteriores los tipos de ayudas previstas en la Comunidad de Madrid eran los siguientes:

programas de rehabilitación y continuidad de cuidados de los Servicios de Salud Mental del Servicio Madrileño de Salud (B.O.C.M. de 12 de marzo de 2015).

⁵⁴⁸ Art. 3.1 de la Orden 291/2015, de 3 de marzo, antes citada.

⁵⁴⁹ Para consultar las diferentes prestaciones sociales existentes en las distintas Comunidades Autónomas, vid. la “Guía de Prestaciones para personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia”, edición 2013, que elabora el IMSERSO. Disponible en: <http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/guiapresta2013.pdf>

⁵⁵⁰ Vid. la Orden 291/2015, de 3 de marzo, antes citada.

- a) Alojamiento. Ayuda prevista para financiar los gastos derivados del pago de un alojamiento estable que posibilite el arraigo indispensable de la persona en el entorno comunitario.
- b) Mantenimiento. Apoyo económico diseñado para financiar los gastos de manutención del beneficiario.
- c) Transporte. Asistencia económica para financiar los gastos de transporte público en la Comunidad de Madrid relacionados con las necesidades de rehabilitación del solicitante.

Es importante tener en cuenta que las ayudas tenían naturaleza incompatible y no acumulable por lo que sólo se podría conceder ayuda, en su caso, por uno de los conceptos relacionados anteriormente. Este era uno de los aspectos más problemáticos de las ayudas económicas que se analizan porque una persona tiene necesidad de los tres conceptos (alojamiento, manutención y transporte) y desde 2014 la cuestión se ha recrudecido pues únicamente ahora se contempla la ayuda de alojamiento.

En relación a la cuantía de la ayuda ésta dependía del tipo de ayuda que se concedía. En concreto:

- f) Para el *alojamiento* estable, el importe máximo anual según el actual art. 10 de la Orden de la Comunidad de Madrid antedicha es de 7.156 euros/año. En años anteriores esta cantidad era del 100% del IPREM vigente para el año en curso pero desde 2014 se ha reducido su montante pues en la actualidad la cuantía del IPREM anual (7.455,14 euros/año) es superior a la cuantía límite antes referida. En todo caso, se mantiene el requisito de no poderse conceder ayuda por importe superior al coste del alojamiento.
- g) Para el *mantenimiento*, el importe a percibir en 2011 por ejemplo era de 133 euros mensuales. Tal ayuda desde 2014 ya se ha suprimido.
- h) Para el *transporte*, la cuantía a conceder era el coste del abono de transporte de la zona del Consorcio Regional de Transportes de Madrid que correspondía, teniendo en cuenta la residencia del solicitante y los

puntos de la Comunidad de Madrid donde se desarrollaban las actividades contempladas en su plan de rehabilitación individualizado.

Como se puede ver, la cantidad no era exigua pero precisaba ya de un cierto incremento, sobre todo en el aspecto del alojamiento -no adaptado al precio de mercado de una Comunidad como la de Madrid-, y de manutención para situaciones en las que la PCDM tuvieran cónyuge y/o hijos. En la actualidad, se mantiene la tendencia impuesta en 2014 de sólo contemplar ayudas de vivienda si bien para este año 2015 la cuantía de esta ayuda se ha incrementado ligeramente.

Por lo que respecta a los criterios específicos de las PCDM para poder ser beneficiario de las ayudas, el artículo 6 de la citada Orden de la Comunidad de Madrid establece dos requisitos: por un lado, disponer de un alojamiento estable que no tenga carácter gratuito para el solicitante lo cual debe acreditar con el justificante del pago de dicho alojamiento, no pudiendo ser arrendadores ni el cónyuge o situación asimilada, ni las personas con grado de parentesco con el solicitante de primer grado por consanguinidad o afinidad ni aquellas que ejerzan las figuras de tutela o curatela y, por otro, la no superación de un determinado límite de ingresos brutos que coincide con el límite de la ayuda anual: 7.156 euros anuales.

En años anteriores sólo había un requisito cual era que la persona no superar un límite de rentas cuya cuantía dependía del tipo de ayuda solicitada⁵⁵¹. A saber:

1. Para la de alojamiento: no superar el IPREM.
2. Para la manutención, por su parte, tal límite de ingresos se computaba diferenciando el tipo de vivienda donde vivía el

⁵⁵¹ Para años anteriores, vid. por ejemplo, la Orden 396/2011, de 18 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011 de ayudas individuales de apoyo social a personas integradas en programas de rehabilitación y reinserción social de los Servicios de Salud Mental del Servicio Madrileño de Salud. B.O.C.M. Núm. 112, 13 de mayo de 2011.

solicitante y se tenía en cuenta si tenía hijos menores carentes de ingresos. De este modo:

- a. si la persona vivía sola, o en una residencia o piso supervisado junto con otras personas con trastorno mental: no podía superar la cuantía de la PNC vigente para ese año.
 - b. si vivía en vivienda por la cual no abonaba contraprestación alguna, con hijos menores que perciben ingresos: sus ingresos no pueden superar la cuantía de la PNC vigente en el año, incrementada con la Renta Mínima de Inserción aplicable a ese año.
3. Ayuda de transporte: Igualmente se diferenciaba según dónde viviese la persona solicitante, y para el caso de convivir con su familia, el número de miembros de ésta:
- a. si la persona vivía sola, o en una residencia o piso supervisado junto con otras personas con trastorno mental: no podía superar la cuantía del IPREM vigente para ese año.
 - b. si convivía con su familia (cónyuge o situación asimilada, hijos u otras personas dependientes y padres del solicitante) se tenía en cuenta el número de miembros de la unidad familiar para determinar el límite de ingresos:
 - i. Dos miembros: IPREM + 3.960 euros.
 - ii. Tres o más miembros: la cantidad anterior + 1.200 euros por persona adicional.

Respecto a los requisitos exigidos se puede indicar:

1. En años anteriores a 2014 y 2015 se tenían tienen en cuenta varias circunstancias personales y familiares de la PCDM, sobre todo para las ayudas de manutención y transporte.
2. Pero era bastante compleja la compatibilidad de estas ayudas con un trabajo del solicitante.

Por todo lo anterior, como valoración general de las ayudas reguladas por las Comunidades Autónomas para sufragar diversos gastos derivados de la inclusión de las personas con enfermedad mental grave en programas de rehabilitación y reinserción social y, de esta manera, servir para que la persona pueda incorporarse y mantenerse en dichos programas, podemos indicar lo siguiente:

- Son verdaderamente interesantes porque son las únicas ayudas económicas que están diseñadas concretamente para el colectivo de PCDM que se encuentran en fase de rehabilitación y reinserción social. En ellas se incluyen diferentes situaciones de apoyo social (estancias en Centros de Rehabilitación Psicosocial, Centros de Día, Miniresidencias, Equipos de Apoyo Social Comunitario, etc.). Por ello, se tendría que especificar algunas consideraciones particulares para los casos en los que la PCDM se encuentre en un Centro de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma, sobre todo en lo relativo a la compatibilidad de la ayuda con el empleo y a su cuantía en casos de acceso a una formación prologada en el tiempo.
- Además, cumplen bastantes premisas de la Estrategia de la Unión Europea de Inclusión Activa, aunque en la línea de lo establecido en la reflexión del punto anterior, se podría mejorar en cuanto a la compatibilidad con el empleo y la cuantía de la ayuda para los supuestos de incorporación a un itinerario de inserción sociolaboral.
- Debe incrementarse la dotación económica para vuelvan a existir los tres tipos de ayuda que existían con antelación a 2014 y, además, para que

puedan sufragar los tres conceptos (alojamiento, manutención y transporte) y no sólo uno de ellos como ocurría en años anteriores a 2014.

- Se deberían establecer de una manera estable y no depender de regulaciones anuales.
- Sería deseable que existieran en todas las Comunidades Autónomas para que el nivel de atención social a las PCDM no dependiera del lugar de nacimiento y/o residencia. Para ello, dado que las competencias en Asistencia Social o Servicios Sociales están descentralizadas en las Comunidades Autónomas (art. 149. 1.20 CE), se piensa en dos soluciones de técnica jurídica:

Por un lado, incorporar estas ayudas al campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, posibilidad que desechamos al estar ya contempladas históricamente dentro del concepto de Asistencia Social o Servicios Sociales y preferir la opción siguiente.

Por otro, establecer una regulación nacional a semejanza de la realizada con la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Situaciones de Dependencia, incardinada en la habilitación constitucional del art. 149.1.1ª CE, pues como ha interpretado la STC 13/1992, de 6 de febrero, como quiera que estamos ante “medidas prestacionales tendentes a asegurar un “mínimo vital” para los ciudadanos que garantice la uniformidad de condiciones de vida”, su previsión “se inserta lógicamente en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el art. 149.1.1ª atribuye al Estado como competencia exclusiva”⁵⁵².

- Sería recomendable poder incrementar la cuantía de la ayuda en función de las circunstancias personales, familiares y del itinerario de inserción laboral

⁵⁵² Sobre el particular, vid. extensamente, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Capítulo III: La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Ley de Dependencia”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *La protección de las personas dependientes*, cit., pp. 87-127, especialmente, pp. 114 hasta el final.

por lo que se debería contemplar si la persona se incorpora a un proceso formativo, su duración y coste del mismo.

- Es aconsejable, asimismo, como establece la Estrategia de Inclusión Activa de la UE que puedan compatibilizarse con la obtención de un empleo, sobre todo para los casos en los que la PCDM se encuentra específicamente en un proceso de recuperación para el empleo a través de un Centro de Rehabilitación Laboral o como se denomine en cada Comunidad Autónoma.

2. Incapacidad Temporal del trabajador con Discapacidad mental y, en particular, sobre cuando ésta termina en un proceso de Incapacidad Permanente.

Tras estudiar las prestaciones económicas que puede disfrutar la PCDM que se encuentra en fase de recuperación y búsqueda de empleo, entendemos que sería conveniente realizar alguna reflexión en relación a la protección por Incapacidad Temporal (en adelante, IT) que brinda nuestro Sistema de Seguridad Social. Nuestro acercamiento a esta figura debe ser breve pues por definición, si la PCDM está cubierta por el subsidio de IT es porque está ya trabajando por cuenta ajena y, por ello, se alejaría del tema central de este trabajo cual es el estudio de las medidas para lograr la inserción laboral de este colectivo. Pero existe una razón por la que nos vamos a detener, reiteramos que de forma breve, en este punto y es que cuando la PCDM está trabajando y cae en una IT por causa de su enfermedad mental, puede ocurrir y de hecho en muchos casos pasa, que tal situación de IT concluya bien en un despido, bien en un proceso de Incapacidad Permanente con el consiguiente alejamiento en ambos casos del mundo laboral de la PCDM. Y, es más, es posible que muchas personas del colectivo protagonista de este estudio no den el paso de la búsqueda de empleo porque temen que si estando trabajando recaen en su

patología (tienen una crisis como comúnmente se conoce a estos episodios)⁵⁵³, no sólo perderán el empleo sino también el apoyo social que pudieran estar percibiendo. De este último aspecto, la compatibilidad entre prestación pública y empleo ya se habló en el punto anterior. Por tanto, reflexionar si en alguna medida en este momento de IT la PCDM puede precisar de algún apoyo que ahora mismo no esté contemplado, sería el objeto de este apartado.

Esta situación de IT intermitente se ha calificado por FALGUERA BARÓ como un “agujero negro” de nuestra disciplina⁵⁵⁴. Se puede concretar en que una persona afectada de una enfermedad crónica, como es nuestro caso de un trastorno mental grave, puede iniciar procesos de IT en muchos casos que se suceden en el tiempo y va alternando bajas con trabajo. Ello suele conllevar conflictos con el empleador y en ocasiones también con los compañeros.

Dos son las cuestiones en las que nos vamos a detener. Por un lado, la necesidad de incorporación en un proceso de Rehabilitación Laboral para la PCDM que, estando trabajando, recae por motivos relacionados con su enfermedad mental y el proceso de IT dura más de un determinado tiempo. Por otro, el final de la IT y el procedimiento de declaración de una Incapacidad Permanente en alguno de sus grados.

a) La Rehabilitación Laboral como apoyo en procesos de IT

La recaída de una PCDM que estando trabajando precisa una IT por motivos relacionados de enfermedad mental con un episodio más o grave y que puede precisar, o no, su internamiento en un centro hospitalario, es un momento sumamente delicado. Si la persona no se consigue recuperar

⁵⁵³ HENDERSON, M., et al., “Work and common psychiatric disorders”, cit., p. 201.

⁵⁵⁴ Vid. su excepcional trabajo, “Cuando la incapacidad aún no se encuentra declarada: la enfermedad intermitente y su efecto sobre el trabajo”, en RIVAS VALLEJO, P. Y OTROS, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales*, cit. pp. 271 y ss.

adecuadamente y fuerza el alta médica y su retorno al empleo, puede retroceder muchos pasos en su proceso de normalización y habituación a una vida en la que la enfermedad mental no sea el centro de su existencia. Por su parte, la empresa que desconoce el motivo y el alcance de su IT y todo lo más tiene una aproximación del tiempo de baja que va a precisar su trabajador para volver a su puesto de trabajo, suele desconfiar de su recuperación y activa los procesos necesarios para solucionar la situación y que sus intereses no se vean más afectados, llegando en muchos casos a la exigencia de la ruptura del vínculo laboral.

Ante esta situación, nuestra propuesta, cuyo sustento jurídico lo podemos encontrar en los artículos 14 y 15 LGD en relación con el art. 8.1.d) del mismo cuerpo legal, va en la línea de procurar la entrada en un recurso especializado de apoyo a la integración laboral a la PCDM que se encuentre en IT por una recaída en su patología que dure más de un determinado tiempo.

En el artículo 14 LGD, titulado “Habilitación o rehabilitación médico-funcional” se establece que tiene “como objetivo conseguir la máxima funcionalidad de las capacidades físicas, sensoriales, mentales o intelectuales”. Indica expresamente el derecho de “toda persona que presente alguna deficiencia en sus estructuras o funciones corporales o psicosociales” a “beneficiarse de los procesos de habilitación o rehabilitación médico funcional necesarios para mejorar y alcanzar la máxima autonomía personal posible y poder lograr con los apoyos necesarios su desarrollo personal y participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”. Por su parte, el artículo 15 LGD que versa sobre la “Atención, tratamiento y orientación psicológica”, mantiene que tales actuaciones psicológicas estarán presentes “durante las distintas fases del proceso interdisciplinar habilitador o rehabilitador” (apartado 1) y, específicamente, indica (apartado 3 in fine) que “en todo caso, se facilitarán desde la detección de la deficiencia, o desde el momento en que se inicie un proceso patológico o concurra una circunstancia sobrevenida que pueda desembocar en una limitación de actividad”.

En base a estos artículos y concretando, todo proceso de IT que dure o que se prevea que vaya a durar más de tres meses, debe llevar consigo que la PCDM entre en un programa de apoyo de este tipo, que lleva consigo la recuperación de hábitos imprescindibles para una más pronta recuperación, apoyo psicológico e incluso posible apoyo en el propio puesto de trabajo⁵⁵⁵. En este punto, además, sería adecuado que el servicio médico de prevención de la empresa conozca tal situación para informar a la empresa en lo que pueda, sin que en ningún momento pueda violar la Ley Orgánica de Protección de Datos, pero con el objetivo de conseguir la confianza necesaria en el empresario para posibilitar la recuperación de la PCDM sin poner en peligro el puesto de trabajo. A este respecto, véase cómo nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 25.1), transponiendo normativa comunitaria⁵⁵⁶, establece una serie de tutelas para los trabajadores que presentan especiales riesgos (“por sus características personales o estado biológico reconocido (...) sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”), entre los que se encuentran las PCD y en concreto las PCDM. En efecto, la STSJ Castilla y León (Burgos), de 20 de abril de 2006⁵⁵⁷ indica: “Es necesario distinguir entre un riesgo general que afecta a todos los trabajadores que realicen una determinada actividad, y un riesgo específico que afecta a un trabajador concreto. En supuestos donde pueda darse una situación de especial riesgo en personas sensibles al mismo, que presentan factores sobreañadidos de padecer daño en su salud debido a sus condiciones personales, es preciso que la empresa evalúe la procedencia de alejar o no a dicho trabajador del puesto de trabajo”. Dado que, -sigue argumentando el tribunal- la prestación de servicios instrumentada en un

⁵⁵⁵ HENDERSON, M., et al., “Work and common psychiatric disorders”, cit., p. 201 y 204, mantienen la misma opinión pues afirman que cuanto más tiempo esté de baja una persona es más difícil que regrese al trabajo. Estos autores indican que lo ideal sería una revisión entre las 2 y las 6 semanas pero, en todo caso, a las 12 semanas de duración de la enfermedad para incorporarse a terapias concretas de apoyo para poder regresar al trabajo con garantías.

⁵⁵⁶ Entre otras, especial mención a la Directiva 89/391/CE.

⁵⁵⁷ Aranzadi Social, 2006, 1.155, cit. en FALGUERA BARÓ, M. A., “Cuando la incapacidad aún no se encuentra declarada...”, cit., p. 273.

contrato de trabajo “implica la cesión por el trabajador a favor del empleador de una determinada actividad o esfuerzo productivo durante un tiempo determinado”, pero, concluye, “no conlleva cesión alguna de la salud, la vida o la integridad física del trabajador a favor del empresario, algo que por su propia naturaleza es, con carácter ordinario, inexigible”.

En consecuencia, esta regulación establece un específico mandato preventivo (deber de protección) para con los trabajadores especialmente sensibles entre los que se encuentran las PCDM. Esta tutela va a venir de la mano de la vigilancia de la salud y los exámenes médicos periódicos y pueden conllevar modificaciones en el contenido de las condiciones contractuales de las que son un ejemplo, entre otros muchos posibles, los apartados 4 y 5 del artículo 36 ET⁵⁵⁸.

Dado el tiempo que se tarda entre la decisión del equipo de salud mental y la entrada en un recurso de rehabilitación, se estima que tras dos meses de IT, se debería decidir y agilizar el comienzo de la ayuda del equipo social especializado tanto en la integración como en el mantenimiento del puesto de trabajo. La actuación de este servicio debe ir encaminada a procurar la reincorporación laboral, pudiendo una vez conseguida ésta, mantener la atención y la intervención que precise la PCDM, pero estando ya el trabajador sin el riesgo de pérdida de su empleo por el motivo de la baja médica.

b) Procedimiento de declaración de una Incapacidad Permanente

Es posible que la IT por motivos de su patología mental de una PCDM acabe por culminar el tiempo legal de duración de esta contingencia (12 meses) e incluso agote el tiempo de prórroga previsto por el artículo 128.1.a) de la

⁵⁵⁸ Vid. FALGUERA BARÓ, M. A., “Cuando la incapacidad aún no se encuentra declarada...”, cit., pp. 274-275.

LGSS (6 meses) que se puede dar “cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.

Pasado este tiempo y no pudiendo el trabajador reincorporarse a su trabajo, comenzaría el procedimiento para evaluar y calificar la incapacidad permanente (IP) del trabajador. Tal procedimiento es regulado por el artículo 143 de la LGSS, el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (BOE de 19 de agosto) y por la Orden de 18 de enero de 1996 (BOE de 26 de enero).

En relación a este procedimiento son tres las cuestiones en las que nos quisiéramos detener. Por una parte, la composición de los Equipos de Valoración de Incapacidades; por otra, los informes preceptivos que han de tenerse en cuenta durante la instrucción del procedimiento para la elaboración del informe médico de síntesis y el dictamen-propuesta; y, en tercer término, los supuestos de declaración de IP con reserva de puesto de trabajo.

b.1. Composición de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI):

Según establece el artículo 2 del Real Decreto 1300/1995 citado, los EVI estarán compuestos de modo ordinario por un Presidente y cuatro Vocales, teniéndose que designar según prevé el punto primero del artículo 2.4 “un experto en recuperación y rehabilitación (...) cuando del expediente se deduzcan indicios razonables de recuperación del trabajador”. Tal experto lo es en rehabilitación física y entendemos que debería disponerse que para el supuesto en el que se esté valorando una IP para una PCDM motivada por su patología mental debería indicarse que tal Vocal experto lo fuera en rehabilitación entendida en su acepción de salud mental⁵⁵⁹ o, cuando menos, un médico especialista en psiquiatría idóneo para esta valoración.

⁵⁵⁹ Sobre el particular, vid., especialmente, PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010. También, VALMORISCO PIZARRO, S., *Políticas Públicas de rehabilitación laboral de personas con enfermedad mental. Los Centros de Rehabilitación Laboral (CRL) de la Comunidad de Madrid (2008-2012)*, Tesis laboral inédita, Getafe (Madrid), enero 2015.

b.2. Sobre los informes preceptivos que han de tenerse en cuenta durante la instrucción del procedimiento de IP:

Como se sabe, para la elaboración del informe médico de síntesis y el dictamen-propuesta, el artículo 5.1 del Real Decreto 1300/1995 y los artículos 8 y 9 de la Orden de 1996 exigen como informes preceptivos el historial clínico que debe remitir el Servicio de Salud que haya atendido al trabajador. Para el caso de las PCDM entendemos que debería incluir, además, para el caso de que estuviera incorporado a un Centro de Rehabilitación Laboral (con la denominación que tenga en cada Comunidad Autónoma), informe de este servicio social especializado en la inserción laboral y el mantenimiento del puesto de trabajo. De otro modo, podría ocurrir –como de hecho ocurre– que desde este Centro de Rehabilitación Laboral se esté trabajando en pos de la recuperación y reinserción laboral de la PCDM y le llegue, sin tener conocimiento previo y sin haber podido expresar su parecer técnico, una posible declaración de IP que echa por tierra en gran medida el trabajo que estaba realizando. Es cierto que normalmente se incluye el criterio técnico de este servicio social especializado en empleo en el informe del médico especialista (psiquiatra público) que atiende a la PCDM pero no es menos cierto que en muchas ocasiones tal aportación no tiene lugar y entendemos que la regulación de este aspecto podría modificarse para evitar que el equipo técnico que está trabajando con el objetivo de la reinserción laboral sea en todo caso escuchado.

b.3. Los supuestos de declaración de IP con reserva de puesto de trabajo.

Este es jurídicamente hablando quizá el punto más importante de los tres considerados. Tal cuestión está regulada en el artículo 7 del citado Real Decreto 1300/1995 en el cual se regula que hay supuestos en los que aun considerándose que debe declararse una incapacidad permanente, al mismo tiempo, se estima que debe reservarse el puesto de trabajo que venía desempeñando el trabajador en la empresa (ex artículo 48.2 ET) porque se establece un plazo igual o inferior a dos años para instar la revisión por previsible mejoría.

Sobre el plazo de revisión de la incapacidad permanente, es reseñable la Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2011⁵⁶⁰ en la cual indica en su Fundamento Jurídico séptimo que “debe tenerse en cuenta que el plazo mínimo de revisión no se establece de manera general e incondicionada, sino que se fija caso por caso en la resolución administrativa de reconocimiento, que puede ser objeto de recurso si el interesado considera que el plazo fijado no es el adecuado. En consecuencia, ha de entenderse que el plazo que se fija en la resolución resulta, en principio, acorde con las características de las lesiones invalidantes diagnosticadas y con su evolución previsible, actuando así como una razonable limitación a un hipotética reapertura permanente del proceso” tanto para el trabajador como para la entidad gestora. “Un plazo razonable de revisión, ajustado a las características del proceso invalidante, puede constituir así una exigencia de seguridad jurídica y de respeto a la legítima confianza en la estabilidad de los efectos de una declaración administrativa firme”.

Pues bien, el art. 48.2 ET se trata, como ya ha mantenido la doctrina, de “una importante excepción a la regla general de extinción del contrato de trabajo por declararse al trabajador afecto de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez”⁵⁶¹.

Conviene recordar que para que la declaración de IP suspenda el contrato de trabajo han de concurrir los siguientes tres requisitos⁵⁶²:

- a) que la IT del trabajador se haya extinguido por la declaración de una IP en grado de total, absoluta o gran invalidez. Cuestión de la que ya se

⁵⁶⁰ BOE de 11 de enero de 2012.

⁵⁶¹ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Sobre la preexistencia de lesiones y su compatibilidad con la declaración de incapacidad permanente. El trabajo de los discapacitados”, cit., p. 184. En el mismo sentido, VELA TORRES, F. J., “La invalidez como causa de extinción del contrato de trabajo”, en ROJO CABEZUDO, R. M. (Dir.), *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2004, p. 277. También, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., p. 390.

⁵⁶² Sobre los mismos, vid. LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M. J., *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*, cit., pp. 95-98. También, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 393 y ss.

ha encargado la doctrina⁵⁶³ de indicar que si la propia LGSS establece la posibilidad de un “acceso directo” a la IP sin una situación previa de IT, también debe entenderse posible esta suspensión del contrato para estos casos;

b) que sea previsible que el trabajador, dentro de los dos años siguientes a la fecha de declaración de invalidez, vaya a mejorar de sus padecimientos, permitiéndole la reincorporación a su anterior puesto de trabajo;

Y c) que tales extremos consten expresamente en la resolución administrativa o judicial que reconoce la situación de IP⁵⁶⁴.

Para el tema que nos ocupa, el problema jurídico que se presenta en estos supuestos está en saber si la enfermedad mental es definitiva o, mejor dicho, si las repercusiones en la capacidad laboral del trabajador que ha causado el trastorno mental son permanentes o si puede entenderse que pueden recuperarse aunque con un tiempo incierto de tratamiento. Como bien expresa TORRENTE GARI “hay un cierto grado de reversibilidad perfectamente compatible con una incapacidad permanente”⁵⁶⁵. Y como indican LÓPEZ GANDÍA y ROMERO RÓDENAS, se puede distinguir una invalidez previsiblemente definitiva y por ello extintiva de la relación laboral y una

⁵⁶³ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Sobre la preexistencia de lesiones y su compatibilidad con la declaración de incapacidad permanente. El trabajo de los discapacitados”, cit., pp. 184-185, en el que indica expresamente: “no deben ponerse cortapisas a un derecho del trabajador que se genera con posterioridad a la declaración de IP”.

⁵⁶⁴ Entrando en el detalle de este requisito y también del cómputo del plazo de dos años, vid. LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M. J., *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*, cit., pp. 96-98.

⁵⁶⁵ Vid. su magnífico estudio, *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la incapacidad permanente*, cit., pp. 50-52.

declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral⁵⁶⁶.

En el caso de las enfermedades mentales graves, nuestra experiencia y nuestro punto de vista nos llevan a considerar que la regla general debe ser considerar que la mejoría es plausible en el mentado plazo máximo de dos años, pues “un diagnóstico inamovible en los trastornos mentales sólo queda relegado a patologías extremadamente severas”⁵⁶⁷ y, por ello, se debería aplicar la suspensión del artículo 48.2 ET con mucha mayor frecuencia. Por tanto, la excepción de la suspensión del contrato cuando se declara una IP en los casos de los trastornos mentales debe ser considerada para las PCDM la regla general. Máxime si consideramos que, tal como hemos sostenido unas líneas antes, cuando la IT supera una determinada cantidad de tiempo el tratamiento médico y farmacológico debe ir acompañado de un proceso de rehabilitación o recuperación laboral. Si tal operación jurídica se estableciera como norma, la suspensión del contrato sería el mayor apoyo que se puede dar a la PCDM que recae temporalmente -aunque sea más tiempo del legalmente previsto para la IT-, en su enfermedad mental. Pasado un cierto tiempo y llevando a cabo el proceso individualizado de inserción laboral con la seguridad que le provoca tener en su mano volver a su puesto de trabajo, es muy probable que tal regreso se produzca, con la consiguiente extinción de la pensión de IP que venía percibiendo. Consideramos tal reserva de puesto de trabajo como el mejor ejemplo de una legislación de protección social que debería tener más en cuenta las dolencias de las personas especialmente sensibles a recaer en una baja médica por padecer una enfermedad crónica pues, como ya se ha dicho, la lógica de fondo de nuestro ordenamiento jurídico “está más pensada en clave

⁵⁶⁶ En *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*, cit., p. 96.

⁵⁶⁷ TORRENTE GARI, S., *El trastorno mental...*, cit., p. 51.

de castigo al absentismo que de tutela de derechos de las personas afectadas, que son prácticamente desconocidas”⁵⁶⁸.

3. Incapacidad Permanente Absoluta derivada de una Enfermedad Mental

Tras analizar la protección jurídica de las situaciones de la PCDM en proceso de recuperación para el empleo y, sucintamente, los supuestos de IT del trabajador con discapacidad mental, nos queda encargarnos de analizar un asunto complejo⁵⁶⁹ y en alguna medida frecuente en la práctica de los Centros de Rehabilitación Laboral o recursos de inserción laboral específicamente diseñados para el colectivo protagonista de este estudio, cual es la pretensión de volver a trabajar de una PDCM que tiene declarada una Incapacidad Permanente Absoluta (IPA) o para todo trabajo.

No vamos a detenernos en estudiar cuándo el trastorno mental debe llevar aparejada una IPA⁵⁷⁰, sino en qué medida es compatible la pensión de esta contingencia con el sueldo de un nuevo puesto de trabajo pues como indica el Preámbulo de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, “la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los

⁵⁶⁸ FALGUERA BARÓ, M. A., “Cuando la incapacidad aún no se encuentra declarada...”, cit., p. 273.

⁵⁶⁹ “Una paradoja no resuelta” en palabras de NICOLÁS BERNAD, J. A., “El futuro del sistema de pensiones tras la Ley 27/2011: una reflexión crítica”, en *Revista Relaciones Laborales*, número 9, 2012, p. 92.

⁵⁷⁰ Compleja cuestión que ya ha sido estudiada profusamente por doctrina autorizada. Por todos, vid. RIVAS VALLEJO, P. Y OTROS, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008. También, ROJO CABEZUDO, R. M. (Dir.), *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2004, especialmente pp. 32-34 (realizadas por CABUCHOLA MORENO, S.) y 180-191 (escritas por DEL CORRAL GARCÍA, A.).

beneficiarios [trabajadores previamente incapacitados] en el mundo laboral”. En efecto, según queda recogido en el estudio de MALO, CUETO y RODRÍGUEZ⁵⁷¹, recibir cualquier tipo de prestación o subsidio tiene un efecto negativo sobre la participación en el mercado laboral (...) mostrando que el factor más importante detrás de este efecto negativo no es la tasa de sustitución sino el diseño de las transferencias de ingresos”. De hecho, a mayor pensión por IP no existe un menor incentivo para compatibilizarla con un empleo, salvo cuando la pensión es muy pequeña en cuyo caso la probabilidad de trabajo sí aumenta, lo cual es lógico. Hay otras dos cuestiones más de este trabajo que las recogemos expresamente por su interés y afectación directa al colectivo protagonista de nuestro estudio, las PCDM, y son:

Por un lado, la edad en el reconocimiento de la pensión, de forma que las personas más jóvenes en ese momento tienen mayores probabilidades de compatibilizar trabajo y prestación que las mayores. Es frecuente que trabajadores menores de 45 años, a los cuales les quedaría teóricamente una larga carrera profesional y de cotización, que padecen un trastorno mental y tienen un proceso de incapacidad permanente por este motivo les sea declarada una IPA.

Por otro, que las personas que perciben una IP que ya tenían recocida una discapacidad con anterioridad a recibir la pensión, es más probable que compatibilicen dicha pensión con el trabajo.

Por todos estos motivos, es frecuente que PCDM que ya tengan declarada una IPA quieran y estén en disposición de reincorporarse al mundo del trabajo y que lo consiga dependerá en buena medida de cómo esté diseñado

⁵⁷¹ “Compatibilidad entre pensiones contributivas por incapacidad y empleo: el caso español”, en Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 29, número 1, pp. 125-153. De hecho se indica que en 2006 hay un 9,9% de personas que cobran una pensión de IP que están trabajando, porcentaje que en relación a la IPT alcanza el 15,6%. Y en la página 132 se establece: “Este porcentaje es más elevado si se considera el periodo de tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la incapacidad permanente, ascendiendo a un 22, 2%, lo cual muestra que haber compatibilizado la pensión por incapacidad y el empleo no es una situación mayoritaria, pero es algo que dista de ser anecdótico”.

el régimen jurídico de la compatibilidad entre pensión y trabajo. Estudiar la normativa aplicable a esta situación es el objeto del presente apartado.

a) Régimen jurídico de la compatibilidad entre IPA y trabajo

Tal como indica SEMPERE NAVARRO⁵⁷², la compatibilidad entre prestaciones de Seguridad Social y el desarrollo de una actividad remunerada es “una materia regulada de manera muy deficiente, a causa de su incoherencia, y asistemática, por encontrarse dispersa en diferentes normas que presentan diversos problemas de interpretación. Consecuencia de lo anterior es la conveniencia de dotar de una mayor seguridad jurídica a determinados supuestos de compatibilidad trabajo-pensión, que presentan lagunas regulatorias”. Estas palabras que el autor las refiere como reflexión general para todas las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, son especialmente aplicables al supuesto que nos ocupa, la compatibilidad de la IPA con un nuevo trabajo por cuenta ajena. En efecto, siguiendo las consideraciones del autor citado, se debe “cuestionar la perspectiva actual de incompatibilidad generalizada entre pensiones y trabajo remunerado, planteando un nuevo escenario de mayor convivencia entre ambas figuras, a través de propuestas imaginativas” pues “conviene admitir fórmulas de transición y de mayor compatibilidad” entre pensiones y trabajo con objeto de racionalizar el gasto público en aras de conseguir la sostenibilidad del actual sistema de pensiones.

Si analizamos la regulación vigente, pese a que en nuestro ordenamiento no hay una norma que genéricamente establezca la incompatibilidad del trabajo

⁵⁷² “El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, en *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, número 9, enero 2013, pp. 15-32. Los entrecomillados que extraemos del texto se encuentran en las pp. 16 y 17.

con la percepción de una pensión de nuestro sistema de Seguridad Social⁵⁷³, lo cierto es que en el detalle de la regulación de cada prestación se desprende “una clara prevalencia del establecimiento de la incompatibilidad frente a la posibilidad de compaginar el percibo de una pensión con la realización de una actividad remunerada”⁵⁷⁴. La teleología de esta normativa, tal como nos enseñó GETE CASTRILLO hace años⁵⁷⁵, consiste en que “desde la reforma operada por la Ley de Bases de 1963 se ha consagrado el principio de que a un solo estado de necesidad corresponde una sola prestación (...) Es aquí donde reside el fundamento último de la incompatibilidad entre la pensión y el trabajo que dé lugar a inclusión en el sistema”. No obstante, de acuerdo nuevamente con SEMPERE NAVARRO “la generalización de la incompatibilidad entre pensiones y trabajo no es inamovible en tanto no responde a un principio axiológico e inmutable. Se trata de algo contingente que, lógicamente, puede alterarse si cambian las circunstancias o se aprecia que éstas pueden variar”⁵⁷⁶. Y esto es lo que mantenemos para el colectivo de las PCDM que, desde nuestro punto de vista y nuestra experiencia, estas personas pueden recuperar su capacidad de trabajo y ser capaces de volver al mundo laboral.

Por lo que respecta a la ordenación concreta de la IPA se encuentra en los apartados 2 y 3 del artículo 141 de la LGSS. El último de ellos, el punto tercero, ha sido incorporado por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, mientras que la redacción del apartado segundo es prácticamente idéntica desde la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969.

⁵⁷³ De hecho como indican ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones...*, cit., p. 126, “las prestaciones económicas por incapacidad laboral (excepto las de IT por hipótesis) en general son compatibles con los salarios”.

⁵⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., “El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, cit., p. 17.

⁵⁷⁵ “Sobre compatibilidad o incompatibilidad entre la pensión por invalidez permanente absoluta y trabajo afiliable a la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social y Sanidad*, VIII, número 3, 1979, p. 371.

⁵⁷⁶ “El debate sobre incompatibilidad...”, cit., p. 19.

Después hablaremos del nuevo apartado tercero, pero al tener mayor enjundia jurídica nos queremos detener en el artículo 141.2 LGSS el cual declara que la pensión de IPA puede simultanearse con determinadas actividades que sean “compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

Partiremos de lo dicho por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 205/2011 (BOE de 11 de enero de 2012) en cuyo Fundamento Jurídico sexto indica que como las prestaciones por IP constituyen en el sistema contributivo de la Seguridad Social “un instrumento de protección social frente a la pérdida de empleo y salario derivada de la situación de incapacidad, parece razonable pensar que la concurrencia o no con la pensión de una actividad laboral del pensionista será un dato que necesariamente habrá de tener alguna relevancia en la ordenación del sistema, en la medida que incide sobre el objeto mismo de la protección”. Y, por ello, determina que “puede por ello aceptarse, inicialmente, que dicha actividad laboral sea tomada en consideración por el legislador a diferentes efectos, para configurar un régimen jurídico de la protección diferenciado para los pensionistas que trabajan del de aquellos que no trabajan”.

Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia a largo del tiempo de dos diferentes maneras. La primera posición jurisprudencial partía de una interpretación sistemática del término “actividades compatibles con el estado del inválido” que podrían identificarse con las que refiere el artículo 7.6 LGSS para excluirlas del campo de aplicación del Régimen General y que dicho precepto define como aquellas que “en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”. Por ello, la actividad compatible con la pensión de IPA sería aquella que no comprende el núcleo funcional de una profesión u oficio (STS, sala 4ª, de 20 de diciembre de 1985). El legislador refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de “tipo marginal e intrascendente” porque otro entendimiento del precepto rompería con la propia definición de incapacidad permanente

absoluta como aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que “de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y concluiría al absurdo”. A mayor abundamiento, la STS, sala 4ª, de 13 de mayo de 1986, declaraba que “los trabajos a los que se refiere el precepto denunciado...son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta ni cotizar por ellas a la Seguridad Social, es decir, los residuales mínimos y limitados y en manera alguna los que constituyan la profesión u oficio con pleno desenvolvimiento”. Doctrina reiterada en posteriores resoluciones (STS, sala 4ª, de 7 de julio de 1986 y 19 de diciembre de 1988⁵⁷⁷).

El cambio de interpretación jurisprudencial se produce con la STS, de la Sala General, de 30 de enero de 2008 (ponente, Sr. De Castro Fernández) en la cual el TS mantuvo que la doctrina que venía sosteniendo hasta ese momento debía cambiarse por las siguientes razones:

1. El derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA pues como ya sostuvo ESTEBAN LEGARRETA “todo trabajador en situación de IPA mantiene algún grado de capacidad residual” y, por ello, “el derecho al trabajo de las personas con discapacidad severa, obliga al legislador a diseñar un entorno jurídico suficientemente flexible para no hacer vanas sus aspiraciones y derechos laborales” ⁵⁷⁸.
2. La literalidad del precepto apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión y no establece límite alguno a la simultaneidad.

⁵⁷⁷ Sobre esta postura jurisprudencial, vid. el interesante, completo y ya clásico trabajo de LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1991 con su imprescindible Prólogo a cargo de DE LA VILLA GIL, L.E.

⁵⁷⁸ Sobre el particular, años antes de la citada STS y citando doctrina judicial de Tribunales Superiores de Justicia, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 113, 247 y 252.

3. La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT que, como se sabe, podría compaginar la prestación con cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido, que al declarado en IPA al que se le negaría toda actividad e ingresos y se le podría abocar a la marginalidad.
4. La incompatibilidad tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de la persona declarada en IPA.
5. Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías.

Esta doctrina se reitera en varias SSTs⁵⁷⁹ hasta la última que sepamos que se haya producido sobre el particular el 19 de marzo de 2013 (repertorio 3.055/2013).

En la STS de 1 de diciembre de 2009 (repertorio, 1.674/2008), el Alto Tribunal “realiza un esfuerzo de aclaración”⁵⁸⁰ para esclarecer que el artículo 141.2 LGSS se orienta a una noción flexible de compatibilidad. Lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son tanto las rentas sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo se prohíbe en el primer inciso de este precepto es el ejercicio de aquellas actividades que sean incompatibles (léase inadecuadas o perjudiciales) con el estado (no con la pensión) del beneficiario.

Asimismo, e interpretando el segundo inciso del citado 141.2 LGSS, las actividades no deben representar “un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”, como ha dicho FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA “es importante resaltar que tampoco aquí estamos ante una regla de incompatibilidad (exclusión de la pensión por la percepción de una renta de

⁵⁷⁹ 10 de noviembre de 2008 (repertorio de jurisprudencia (RJ), 56/2008); 23 de abril de 2009 (RJ, 2.512/2008); 14 de octubre de 2009 (RJ, 3.249/2008); 22 de diciembre de 2009 (RJ, 2.066/2009) y 14 de julio de 2010 (RJ, 3.531/2009).

⁵⁸⁰ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión...”, cit., p. 194.

trabajo), sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño pone de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido (...) el desempeño del trabajo puede no suponer una mejoría en el estado del inválido, pero puede poner de relieve que ese estado ya no resulta determinante de la incapacidad [IPA] reconocida”⁵⁸¹.

Y resumiendo con las propias palabras del último autor citado “la única incompatibilidad que formula el art 141.2 LGSS para la pensión de IPA es la relativa a las actividades que sean “incompatibles” en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. El desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o error de diagnóstico. Este es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva (...) [pues] el sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas del trabajo”⁵⁸².

¿Cuál sería el fundamento de este sistema que más que impedir la nueva actividad del declarado en IPA, limita la posibilidad de compatibilizar la pensión con las rentas del nuevo trabajo? ¿Por qué se veta la realización de “actividades incompatibles” con el estado del declarado en IPA pero a su vez se permite simultanear la prestación y el sueldo de aquellas otras que al ejercerlas no cambie su estado de salud? Desde nuestro punto de vista no puede ser otro que la combinación y una muestra de equilibrio entre dos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna como son por un lado, el Derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43 y, por otro, el derecho al trabajo de toda persona que promulga el 35 CE⁵⁸³. Por lo que respecta al primero, como ya se ha dicho, este artículo no sólo reconoce en

⁵⁸¹ “Compatibilidad trabajo-pensión...”, cit. p. 195.

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ En el mismo sentido, vid. LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto...*, cit., pp. 96-98.

abstracto el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, sino que ordena “una serie de normas que deben desarrollarlo y también una multiplicidad de acciones (preventivas, reparadoras, sancionadoras...) que hagan efectivo dicho derecho”⁵⁸⁴ y, evidentemente, esta medida del artículo 141.2 LGSS podría ser una de tales acciones. Y, del segundo, ya quedó indicado cómo el propio TS en doctrina reiterada apunta a que tal derecho al trabajo no puede a quien se encuentra en situación de IPA.

Por consiguiente, como se ve, la jurisprudencia del TS ha variado su posición de primar el artículo 43 sobre el 35 (posición previa al año 2008) a considerar preponderante el derecho al trabajo de las personas con IPA (a partir del citado año 2008). Pero consideramos, humildemente, que el TS ha ido demasiado lejos en esta tesis pues en sus últimas resoluciones sobre este tema, en particular la última de ellas ya citada de 19/03/2013 (RJ 3.055/2013) desde nuestro punto de vista se llega a confundir la IPA con la IP Total para la profesión habitual. En esta sentencia se da el caso de que un trabajador autónomo que es el administrador de una empresa de moda juvenil y que, a su vez, trabajaba como dependiente en la misma, padece una enfermedad común degenerativa con protusiones discales. En un primer momento es declarado afecto de IPT para su profesión habitual de dependiente y cuatro años después de IPA. El trabajador deja de realizar el puesto de dependiente pero continúa ejerciendo su condición de administrador de la empresa. Tras los procedimientos judiciales en el Juzgado de lo Social y el TSJ de Asturias, el TS en recurso de casación para la unificación de doctrina considera compatible en este caso el trabajo de administrador solidario de la empresa con la percepción de la pensión de IPA. Consideramos que el TS ha ido más allá de la promoción en la simultaneidad pensión-trabajo necesaria para evitar el “efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o Gran Invalidez”. Esta medida de compatibilizar la prestación pública con las rentas del trabajo es precisa para aquellas personas que están alejadas del

⁵⁸⁴ BLASCO LAHOZ, J. F., *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013, p. 10.

mundo laboral pero no para aquellas que no se han desenganchado en ningún momento de la actividad productiva remunerada, produciéndose lo que algún autor ha denominado “una hiperprotección económica no deseable”⁵⁸⁵.

De todo lo dicho se concluye que hay dos tesis opuestas en cuanto a la posible compatibilidad de la pensión de IPA con las rentas de un nuevo trabajo. De una parte, si se parte de la propia naturaleza jurídica de la IPA que por definición es aquella que trata de sustituir a las rentas de trabajo porque el trabajador ha visto invalidada de modo sobrevenido su capacidad productiva, no se entendería cómo es posible hacerla compatible con las rentas de un posterior empleo sin desvirtuar tal institución jurídica⁵⁸⁶.

Apoyando esta tesis nos encontramos, entre otras, la clarificadora y antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2011⁵⁸⁷ en su Fundamento Jurídico quinto, que nos recuerda los elementos esenciales que conforman la regulación de la protección por incapacidad permanente en el nivel contributivo, destacando que tiene un “carácter marcadamente profesional, en el sentido de lo que se protege es la disminución o anulación de la capacidad del sujeto protegido para desempeñar un trabajo por cuenta propia o ajena, mediante el reconocimiento, aparte de otras medidas de protección (así, prestaciones de recuperación profesional o medidas de empleo selectivo), de unas prestaciones económicas que sustituyen a las rentas salariales que el trabajador ha dejado de percibir como consecuencia de su lesión o que se ve imposibilitado o dificultado para llegar a percibir”.

La otra tesis jurisprudencial en liza es aquella que sostiene que negar el derecho al trabajo a quien se encuentra en situación de IPA no es posible porque así lo reconoce el artículo 35 CE y, de igual manera, parece desprenderse con claridad de la literalidad del precepto estudiado (141.2 LGSS)

⁵⁸⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 255-256.

⁵⁸⁶ En parecidos términos, NICOLÁS BERNAD, J. A., “El futuro del sistema de pensiones...”, cit. p. 93.

⁵⁸⁷ BOE de 11 de enero de 2012.

que lleva a entender que la flexibilidad entre el cobro de la pensión y el trabajo debe ser el principio en el que basar la interpretación normativa. El trabajo es la mejor forma de integración social y del desarrollo de la personalidad y, por ello, las normas sobre compatibilidad deben interpretarse en el sentido más favorable a su realización⁵⁸⁸.

Dadas estas dos sólidas y bien cimentadas posturas enfrentadas, concluimos compartiendo la invitación al legislador que nuestro Tribunal Supremo realizó en la importante y ya vista sentencia de 30 de enero de 2008 para que regule con mayor detalle una materia tan compleja, pues tal como está redactada en la actualidad no es garantía de seguridad jurídica que a la postre es el mayor apoyo que necesitan las PCDM que tienen declarada una IPA para animarse a realizar un nuevo trabajo⁵⁸⁹.

Lejos de realizar tal enmienda legal, el legislador en la citada Ley 27/2011 sin modificar el artículo 141.2 LGSS incorporó un nuevo apartado tercero al citado art. 141 LGSS, ya aplicable a partir de 1 de enero de 2014. En dicho precepto se establece la incompatibilidad entre IPA y trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación. Por lo tanto, tal como ha concluido toda la doctrina, a sensu

⁵⁸⁸ Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión...”, cit. p. 182, quien cita a GIL y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, *Revista Relaciones Laborales*, número 15-18, 2012: “El trabajo posee distintas dimensiones: personal, social y espiritual o trascendente. El trabajo no se agota en los aspectos meramente materiales, sino que debe permitir la realización personal, la integración en la sociedad y la participación en la comunidad. Tiene que permitir al hombre desarrollar su dimensión espiritual o trascendente”. También, CABRA DE LUNA, M. A. indica expresamente que “el empleo es el principal factor de inclusión social en la sociedad”, en la entrevista publicada en Europa Press Social (epsocial), 13 de marzo de 2014, valorando el estudio “El empleo de las personas vulnerables: una inversión social rentable”, realizado por Cáritas, Cruz Roja, Fundación Once y Secretariado Gitano y publicado por el Fondo Social Europeo en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en 2013. Versión descargable en las páginas Web de cada una de estas cuatro instituciones. Entre ellas, <http://www.fundaciononce.es/ES/Publicaciones/Paginas/Biblioteca.aspx>

⁵⁸⁹ Años antes de esta STS, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 134-135 ya pedía modificaciones normativas para redefinir la compatibilidad entre trabajo y pensiones. En este texto, se hacía eco de un informe del CERMI del año 1994 que abordaba el particular invitando a legislar la suspensión de la prestación y su recuperación automática una vez finalizada la actividad laboral.

contrario, el legislador de facto ha admitido la posibilidad de compatibilizar hasta la edad de jubilación la IPA con el trabajo.

Sólo nos quedaría analizar el criterio de interpretación de la Seguridad Social⁵⁹⁰ por el cual permite compatibilizar íntegramente la pensión de IPA con el sueldo por trabajar en un Centro Especial de Empleo. Esta operación de simultaneidad se permite por dos razones: por un lado, porque el factor determinante para la contratación en la empresa protegida es la condición de persona con discapacidad que la detenta toda persona a la que se le ha reconocido una IPA. Y, por otro, y más importante, porque para la Seguridad Social no cabe hablar en estos casos de que se está realizando una actividad profesional. Esta última consideración es en todo punto criticable dada la realidad del trabajo protegido o en Centros Especiales de Empleo (CEE) que existe en nuestro país. En efecto los CEE son verdaderas empresas que realizan su labor en el mercado normalizado, compitiendo con el resto de organizaciones empresariales⁵⁹¹. Es cierto que realizan una innegable labor de apoyo al trabajador/a a través del Servicio de Ajuste Personal y Social (artículo 42.2 de la LISMI⁵⁹² y, por ello, es posible que el trabajador/a afecto de una IPA no pueda trabajar en otra empresa que no tenga dicho apoyo pero ello no quiere decir que no sean verdaderas empresas y que el trabajo que desempeña el trabajador con discapacidad no sea considerado una verdadera actividad productiva.

⁵⁹⁰ Criterio de aplicación 2007/01 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Pese a ser anterior a la nueva interpretación jurisprudencial analizada que tiene lugar a partir de enero de 2008 las noticias que tenemos al respecto es que sigue estando vigente.

⁵⁹¹ En el mismo sentido, DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. Á., "El empleo de las personas con discapacidad", en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C., *Tratado sobre Discapacidad*, cit., en especial las pp. 1.149-1.151 y 1.189-1.193, cuando indican "los Centros Especiales de Empleo han servido para acreditar la capacidad de los trabajadores discapacitados para integrarse en un sistema productivo en estos Centros que, en la práctica, se han asemejado mucho a las empresas ordinarias", p. 1.149. Sobre los Centros Especiales de Empleo vid. por su visión práctica LALOMA GARCÍA, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

⁵⁹² Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Personas con Discapacidad (BOE de 30/04/1982), redactado según la Disposición Adicional 39.2 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

Además, tanto por ser una interpretación interna de la Seguridad Social que, por definición, puede modificarse en cualquier momento, como por el hecho de que sabemos que en algunos supuestos no se ha seguido y se ha revisado el caso, quitándole la pensión al trabajador/a con D que se ha puesto a trabajar en un CEE, entendemos que es preciso una regulación más clara del citado artículo 141.2 LGSS.

b) Propuestas de modificación del artículo 141.2 LGSS

La doctrina científica ya ha afrontado el reto de realizar propuestas concretas de mejora de la regulación legal del 141.2 LGSS. En concreto, LÓPEZ-TARRUELLA Y VIQUEIRA⁵⁹³ plantean como alternativa que al igual que se establece para los casos de IP por Enfermedad Profesional la Entidad Gestora pueda autorizar al trabajador la realización de ciertos trabajos compatibles con la percepción de la pensión de IPA. Por su parte, ROQUETA⁵⁹⁴ indica que “la condición de inválido absoluto podría ser compatible con el desarrollo de actividades marginales y esporádicas, con independencia de que fuesen lucrativas o no, siempre que, en el supuesto de que lo fuesen, no superasen una determinada cuantía, que podrá ser distinta en función de la capacidad económica del beneficiario y des sus cargas familiares. Y, si el inválido absoluto, realiza una actividad retribuida que no revista aquellas notas de marginalidad y ocasionalidad, compatible con su estado, la pensión debería situarse en la cuantía resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje correspondiente a la IPT, recuperando la pensión originaria cuando cesara la actividad. En todo caso, como quiera que la realización de trabajos por los inválidos puede poner en peligro su propia salud y que ésta, al igual que otras situaciones de necesidad, debe ser protegida por los poderes públicos, a tenor del art. 43 CE,

⁵⁹³ LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto...*, cit., pp. 97-98.

⁵⁹⁴ ROQUETA BUJ, R., “Las últimas reformas en materia de incapacidad permanente: logros e insuficiencias”, *Relaciones Laborales*, 21, 2000.

debería arbitrarse algún mecanismo similar al establecido con respecto a la IP derivada de enfermedad profesional, esto es, imponer la necesidad de autorización de la entidad gestora para poder realizar cualquier trabajo”. Como se puede observar en ambas posturas doctrinales hay un punto de coincidencia con la necesidad de una actuación más activa y de autorización de la entidad gestora de la Seguridad Social de los nuevos trabajos del declarado de IPA, cuestión que compartimos como vamos a ver seguidamente.

Desde nuestro punto de vista abogamos por una mejora en la redacción del artículo 141.2 LGSS que vaya en la línea de posibilitar la inserción laboral del declarado en IPA pero sin confundir esta prestación con la IPT. Dos serían las posibilidades concretas:

1. Por un lado, entendemos que la Entidad Gestora de la Seguridad Social no debe limitarse a un papel reactivo de examinar si un posterior trabajo que ya está ejerciendo el trabajador es compatible con la IPA que percibe, sino que debe asumir un rol proactivo en el cual no sólo dictamine la condición de persona afecta de una IPA sino indique qué tipos de ocupaciones o profesiones podría realizar el afectado siendo compatibles con su estado y que permitirán, al menos temporalmente, la percepción conjunta de pensión de IPA y sueldo. Incluso se podría pensar que podría realizar la misma actividad que vendría desempeñando pero siempre que precisase una serie de apoyos que sólo en los Centros Especiales de Empleo podría llegar a dispensarse. Por tanto, lo que se propone es que al igual que en la declaración de discapacidad el órgano evaluador no sólo enjuicie el grado de discapacidad sino que trate también de dictaminar las capacidades que atesora la persona a la que se le declara una D⁵⁹⁵, el Equipo de Valoración de Incapacidades también pueda reconocer aquellas profesiones que, en teoría, podría realizar el declarado en

⁵⁹⁵ Vid. al respecto, el artículo 12.3 a) LGD.

IPA sin modificar su estado y sin precisar revisión de dicha prestación.

Del mismo modo que el EVI se apoya en un dictamen-propuesta elaborado por un equipo multidisciplinar, para la realización de tal juicio de potenciales ocupaciones compatibles con el estado del declarado en IPA, los EVI deben basarse en informes realizados por equipos o técnicos de apoyo a la inserción laboral de centros públicos de empleo o de los Centros Base. Podrían además aportarse otros informes de entidades privadas sin ánimo de lucro que son frecuentes en la realidad empresarial española para el apoyo a la integración laboral de PCD. En concreto, para el colectivo protagonista de este estudio, las PCDM, los Centros de Rehabilitación Laboral (o como se denomine en cada Comunidad Autónoma) serían los equipos idóneos para realizar este tipo de informes técnicos en los cuales se puedan identificar los posibles puestos de trabajo u ocupaciones que pueden ser más idóneos para el trabajador con discapacidad mental afecto de una IPA.

La elaboración por parte de la Entidad Gestora de este informe de puestos compatibles es posible que se realice con posterioridad a la declaración de IPA del trabajador. Es más, ello debería ser lo lógico si se piensa en la situación de una persona que está trabajando, cae enferma y como consecuencia de ello es declarada en IPA. A partir de ese momento y para evitar su desenganche del mundo laboral, se empezaría a trabajar para ver qué ocupaciones podría desempeñar o dónde debería realizarlas si se piensa que podría desempeñar la misma ocupación pero sólo, al menos temporalmente, con los apoyos de un Centro Especial de Empleo.

Este papel más proactivo y en alguna medida creador de la Entidad Gestora de la Seguridad Social ya fue criticado en alguna

medida por alguna doctrina autorizada⁵⁹⁶, pero es demandado por las PCDM y por los equipos de apoyo a la inserción laboral que están trabajando para la vuelta al mundo productivo del declarado en IPA. Tal dictamen de ocupaciones compatibles con la pensión de IPA daría seguridad jurídica y posibilitaría el reenganche al trabajo y evitaría la desmotivación laboral de quien se sabe que tiene unas limitaciones importantes para realizar un empleo pero que aún detenta suficientes capacidades para realizar alguna ocupación por la cual pueda recibir una remuneración y aportar, en forma de nuevas cotizaciones y nuevos impuestos, al sostenimiento del Sistema de Protección Social que le está sosteniendo.

2. Por otro lado y además de la anterior medida, consideramos que debe mejorarse el artículo 141.2 LGSS con una redacción de compatibilidad pensión-trabajo menos confusa. En línea con la Estrategia de la Unión Europea de Inclusión Activa de Personas en riesgo de exclusión social ya aludida en varios puntos de este trabajo⁵⁹⁷, que promueve el tránsito hacia la reincorporación laboral permitiendo que se solape la percepción de rentas del trabajo y prestaciones sociales públicas, la IPA debería tener un tiempo en el cual sea plenamente compatible con la remuneración salarial, siempre que ésta no supere una determinada cantidad de dinero, para evitar la no deseada “hiperprotección económica” antes aludida.

En concreto, se apuesta por una regulación de la pensión de IPA que tenga en cuenta el tiempo que el trabajador declarado en esta

⁵⁹⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, cit., pp. 255-256, pone de relieve la posible “falta de agilidad en los trámites o bien la excesiva rigidez de la entidad gestora, que podría provocar una clara desincentivación previa a la inserción de las personas con discapacidad”. No obstante, afirma que “en cualquier caso, las líneas de reforma van en esta dirección” con el visto bueno previo del Director General de la correspondiente entidad gestora para los casos de trabajo de pensionistas de IPT o IPA.

⁵⁹⁷ Vid. el apartado en el que tratamos el Concepto de Protección Social.

contingencia lleve fuera del mundo laboral pues tal como indica CABRA DE LUNA “el tiempo en que una persona está en paro juega en su contra, por lo que merece la pena centrarse en evitar las situaciones de desempleo de larga duración”⁵⁹⁸. Si éste es superior a un año, la pensión de IPA debería ser compatible durante un cierto tiempo, entre uno y dos años, con todo salario que sea menor a una cantidad que se estime adecuada y mínima para una vida digna, en la cual se debería tener en cuenta algunas circunstancias personales y familiares que ya se contemplan en otras prestaciones públicas contributivas como las del desempleo (se podría equiparar esta remuneración a las prestaciones mínimas y máximas de la prestación por desempleo). Si el salario de la nueva actividad laboral del trabajador afecto de IPA es mayor a esta cantidad antedicha, se produciría la suspensión automática de la pensión de IPA que se recuperaría inmediatamente en caso de pérdida del puesto de trabajo por la razón que fuera y tras el cobro de la posible prestación por desempleo que le pudiera corresponder al trabajador.

Por el contrario, si el trabajador lleva menos de un año desde que se le declaró la IPA, se considera que su situación es diferente pues no se ha llegado a desenganchar efectivamente del mundo laboral y, por ello, sería suficiente la protección consistente en la suspensión automática de la pensión de IPA que se recuperaría de forma instantánea en caso de pérdida del trabajo.

En todo caso, pasado el tiempo de compatibilidad pensión-trabajo que, como se dijo estaría entre uno y dos años, o un cierto tiempo de la suspensión de la IPA que también podría pensarse que fuera mínimo un año y un máximo de dos, el EVI debería realizar una nueva

⁵⁹⁸ Entrevista en Europa Press Social (epsocial), 13 de marzo de 2014, valorando el estudio “El empleo de las personas vulnerables: una inversión social rentable”, realizado por Cáritas, Cruz Roja, Fundación Once y Secretariado Gitano y publicado por el Fondo Social Europeo en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en 2013. Versión descargable en las páginas Web de cada una de estas cuatro instituciones. Entre ellas, <http://www.fundaciononce.es/ES/Publicaciones/Paginas/Biblioteca.aspx>

evaluación del trabajador y determinar lo que a su entender procediera: si sigue en IPA o si se revisa esta pensión. En esta nueva evaluación los EVI deberían tener en cuenta, entre otras cuestiones, si el trabajador está realizando su actividad productiva en un CEE y si sólo la puede llevar a cabo en éstos, cuestión que apuntará desde nuestro punto de vista a la necesidad de una cierta compatibilidad entre el sueldo con alguna prestación pública siendo lo más idóneo que se determine que ésta debe suspenderse de modo permanente para que pueda percibirse de manera automática para el supuesto de que la PCDM pierda el empleo y tras las prestaciones contributivas de desempleo que en su caso le pudieran corresponder.

Con esta regulación se conseguiría incentivar el retorno al mundo laboral del declarado en IPA y, a su vez, tener en cuenta como suele ser lo habitual si la declaración de la IPA le ha conllevado a la persona un alejamiento tal del mundo laboral que requiere la adopción de medidas de apoyo concretas como es la compatibilidad entre trabajo-pensión que no deja de ser la excepción a la regla general de incompatibilidad de la pensión con el sueldo dado que se habría modificado el estado de necesidad que dio origen a la prestación pública.

CONCLUSIONES

A modo de resumen, se pueden establecer las principales conclusiones y aportaciones del presente trabajo:

PRIMERA. En el concepto de discapacidad debe tener un mayor peso la noción de los apoyos específicos que necesita la persona para paliar los problemas que aquella conlleva. Se debería hablar entonces de “persona con necesidad de apoyo por causa de discapacidad” y se debería recoger en la definición de persona con discapacidad que lleva a cabo la Convención de la ONU y que ha sido recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2.a) de la LGD. Se trata pues de poner el foco no tanto en la carencia o en lo que no puede o le cuesta realizar a la persona con discapacidad, sino en el andamiaje de ayuda que precisa para poder sobrellevarla. La cuestión tiene una tremenda virtualidad práctica ya que obligaría, como sucede en la órbita de la Ley de Dependencia, a establecer junto con el reconocimiento oficial del grado de discapacidad, las medidas de apoyo que se ofrecen a la PCD para poder compensarla.

SEGUNDA. El término discapacidad mental deviene de la propia Convención de la ONU. Se ha elegido sobre las otras posibles formas de denominación de este colectivo (discapacidad por enfermedad mental o por trastorno mental o psiquiátrica) y se debe popularizar su utilización. Su traslación a nuestra legislación interna a través de la modificación del artículo 1.2 de la LIONDAU y refundido en el art. 2.a) LGD, ha tenido como primer efecto la división, por fin, de la acepción “psíquica”, que estaba en todos los textos normativos de nuestro ordenamiento jurídico comenzando por el artículo 49 CE, en sus dos componentes de “mental” e “intelectual”. Asimismo, tal modificación legal debe tener otras consecuencias para la visibilización del colectivo:

establecimiento de un tipo concreto en el reconocimiento del grado de discapacidad que ayudará a saber cuántas PCD mental existen, tener estadísticas propias separadas de la discapacidad intelectual y establecerse como colectivo específico en “El perfil de la Discapacidad España” indicado en la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020.

TERCERA. Si bien es cierto que existen múltiples colectivos de personas a los que les cuesta la inclusión laboral, las PCDM presentan unas específicas y mayores dificultades que el resto de aquéllos para su incorporación en el mundo del trabajo. En efecto, existen razones relacionadas con la propia enfermedad, sobre todo el impacto en su historia formativo-laboral, imprescindible en una economía como la actual basada en el conocimiento y la innovación; también los efectos secundarios del tratamiento médico o la atención social de este colectivo que es muy deficitaria para lograr su inserción laboral son cuestiones concretas de las PCDM y, por último, barreras sociales (estigma) y familiares (miedo a perder pensión) que hacen que las tasas de actividad y de incorporación y mantenimiento del empleo de este colectivo sean verdaderamente pobres.

Por otro lado, existen evidencias científicas tanto de los beneficios del trabajo para la evolución de la enfermedad mental grave, como de los principales apoyos que precisan para su inserción laboral exitosa, cuestiones que se han desarrollado durante la obra.

CUARTA. Dado que la piedra angular del concepto de discapacidad son las barreras sociales existentes para con las personas que presentan algún tipo de limitación o deficiencia física, mental, sensorial o intelectual y, en esta misma línea, su necesidad de apoyos para superar dichos obstáculos que les permita poder llevar una vida lo más normalizada posible, equiparándola al resto de personas de la sociedad se ha realizado el análisis de la naturaleza jurídica de

estas medidas de apoyo que en nuestros ordenamientos jurídicos español y europeo, dentro del modelo de Estado Social (arts. 1.1 y 9.2 CE), se han venido concretando en medidas de igualdad de oportunidades y de resultado, no discriminación, acción positiva y ajustes razonables. Se trata, pues, de adoptar las medidas pertinentes para conseguir la igualdad de oportunidades real y efectiva y, más aún, para los supuestos que ello incluso no sea suficiente para la equiparación sustancial de ciertos colectivos históricamente discriminados o segregados, como es el caso del compuesto por las PCD, un derecho de acción positiva y de discriminación “inversa” e, incluso, de igualación material caso por caso (ajustes razonables).

Sobre las medidas antidiscriminatorias para conseguir la igualdad de oportunidades, se postula que igual que ocurre a día de hoy con la protección de la mujer embarazada, se consiga el mismo amparo para las PCD y se establezca una medida como discriminatoria indirectamente por el simple hecho del impacto negativo estadísticamente hablando de la misma.

QUINTA. Somos de la opinión de considerar necesario dispensar tutela jurídica en la fase anterior a la existencia del contrato de trabajo. Las situaciones de búsqueda y acceso a un empleo pertenecen a un campo que aún no ha tenido el reflejo legal necesario en nuestro ordenamiento jurídico-laboral para la protección, en especial, de los colectivos más vulnerables y con mayores dificultades de inserción laboral.

En relación a esta fase se han estudiado dos situaciones: por un lado, el proceso de acceso al empleo no discriminatorio para las PCDM y, por otro, la realización de prácticas no laborales o prelaborales, un apoyo muy concreto que precisa este colectivo que hemos detectado desde nuestra experiencia profesional en el trabajo de apoyo a la incorporación laboral de PCDM.

Por lo que respecta a la primera cuestión, es claro que pese a que le asiste al empresario la libertad de contratación, inserta dentro de la libertad de empresa

regulada en el art. 38 CE, esta facultad empresarial no es omnímoda y está limitada por la prohibición de discriminación del art. 14 CE, cuestión de especial trascendencia para las PCDM pues en ocasiones no son contratados específicamente por presentar este tipo de discapacidad. Pues bien, si un candidato en los procesos de reclutamiento y de selección es descartado exclusivamente por su religión, raza, sexo, afiliación sindical, opinión política, discapacidad o, en general, por uno de los motivos o casusas de discriminación expresamente tipificados constitucional o legalmente, tal decisión empresarial será discriminatoria y por ello nula. No obstante, existe una excepción a esta regla general por la cual es posible que el empleador decida no contratar a un determinado trabajador por alguna de las razones generalmente vedadas por discriminatorias (en nuestro caso, porque el trabajador presenta una discapacidad mental) y tal decisión sea lícita. Como se ha dicho en el trabajo serían diferencias de trato sí admitidas por el ordenamiento y se distinguirán en el derecho a la igualdad de los tratos peyorativos o discriminaciones. Para ello, la normativa (artículo 4.1 de la Directiva 2000/78) exige que el empresario justifique su decisión en que los requisitos profesionales esenciales y determinantes para llevar a cabo la actividad concreta de que se trate o el contexto en el que se ha de llevar a cabo, impiden que tal actividad pueda ser realizada por una PCDM. A la consideración de esencial y determinante del requisito profesional a evaluar y que no podría ser realizado por una PCDM se unen otros dos condiciones exigidas por la legislación, a saber: el objetivo debe ser legítimo y el requisito proporcionado. Esto es, en estos casos, existe una causa objetiva que justifica que, en nuestro caso, una PCDM no pueda ser reclutada o seleccionada para un puesto de trabajo concreto. Se ha analizado cuándo puede ser ello posible llegando a las siguientes cuatro conclusiones:

En primer término, estas prácticas deben ser interpretadas restrictivamente pues se trata de establecer diferencias basándose en la discapacidad que es uno de los motivos tasados por nuestra CE para impedir la discriminación.

En segundo lugar, dado que la discapacidad mental ocasiona un conjunto de déficits neuropsicológicos que afectan fundamentalmente a cualidades como la percepción, la atención, la concentración, la memoria, la capacidad de tomar decisiones en ciertas situaciones o la capacidad de interacción social, podría vetarse a las PCDM un determinado puesto de trabajo que como requisito profesional esencial y determinante requiera un grado importante de alguna o varias de estas características o competencias, eso sí, siempre teniendo en cuenta los posibles ajustes razonables o adaptaciones del puesto de trabajo que pudiéndose realizar determinarían la inclusión del colectivo en el proceso de selección.

No obstante, como no todas las PCDM tienen afectadas las mismas capacidades y en el mismo grado sería más recomendable no impedir completamente un determinado puesto para todos los candidatos con discapacidad mental sino considerar que hay otros colectivos prioritarios.

Tercero, la situación como se observa dista de estar resuelta y provoca inseguridad jurídica para la empresa que opte por vetar un determinado puesto a las PCDM ya que se arriesga a que tal decisión empresarial sea tachada de trato peyorativo y discriminatorio. Por ello, entendemos que se precisaría una mayor concreción por puestos de trabajo o actividades como ocurre, por ejemplo, con las Fuerzas Armadas para las que dado el tipo de actividades que se realizan en ellas, se ha aprobado un cuadro médico de exclusiones para poder ingresar en un centro docente militar de formación vetando su incorporación para los más importantes trastornos mentales graves.

Y, cuarto, la empresa debe informar de la razón objetiva que fundamenta la decisión empresarial de considerar que una oferta de empleo no es apta para PCDM o, al menos, que cuando se pregunte se conteste razonadamente. En caso de no actuar así, se podría considerar en consonancia con la doctrina del TJUE un principio de prueba de trato discriminatorio en el acceso al empleo.

Asimismo, se ha desentrañado tanto qué puede hacer una PCDM que considere que se le impide de manera contraria a Derecho poder participar en un proceso de reclutamiento y selección de un determinado puesto de trabajo, como las consecuencias jurídicas que tal actuación puede tener para la empresa (acto nulo de pleno derecho).

Por otro lado, también se ha escudriñado pormenorizadamente la fase del proceso de selección y, en particular, la entrevista personal, momento en el que entran en diálogo el interés empresarial de recabar la mayor información posible para conocer las bondades de un candidato y su superioridad con relación al resto, con el derecho a la intimidad de la persona en el proceso de acceso al empleo. Se ha diferenciado los supuestos en que la oferta de empleo sea exclusivamente para PCD o no. En el primer caso, la empresa conoce que el candidato tiene una discapacidad pero ello no le permitirá conocer ni el diagnóstico clínico, la medicación que toma y, en general, cualquier información que no tenga relevancia directa con el desempeño del puesto de trabajo. Por su parte, cuando el proceso de reclutamiento no sea exclusivo para PCD, el candidato atesora un derecho a no declarar esta condición de su persona que es otra más de las que cuenta, si bien sí sería necesario indicar, en su caso, que precisa alguna adaptación para la realización del puesto de trabajo.

El segundo tema estudiado relacionado con la fase previa al contrato de trabajo, tal como antes se indicó, son las PNL como apoyo específico que pueden necesitar algunas (no todas) PCDM. Dado que es un aspecto proclive al fraude y camuflar como prácticas lo que debieran ser contrataciones jurídico-laborales entendemos que es una institución que debe regularse con especial cuidado. Para ello, se ha estudiado el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales que hayan acordado un convenio con los Servicios Públicos de Empleo y se han propuesto los cambios necesarios para adaptarlo a las necesidades del colectivo de PCDM.

SEXTA. Por lo que respecta a la adaptación tanto del puesto de trabajo como de la relación laboral de la PCDM, han sido dos los temas centrales examinados. En primer término, sin hacer un análisis en profundidad del empleo protegido en los Centros Especiales de Empleo sí se ha indicado que son necesarias este tipo de empresas sociales como medida de apoyo para lograr la efectiva inclusión de las PCDM. Ahora bien, se debe hacer un seguimiento de las personas que están ocupando los puestos de trabajo en ellos pues deben estar pensados para las PCD con mayores dificultades de inserción laboral. Asimismo, de una manera sucinta se ha cuestionado si estos CEE deben ser siempre empresas puente o pueden considerarse en algún momento como 'estación de llegada' para determinadas PCD que presentan una mayor problemática para su incorporación a la empresa ordinaria.

En segundo lugar, se ha investigado sobre la Seguridad y salud de los TCDM englobando el estudio de esta materia tanto la adaptación del puesto de trabajo, en especial a los riesgos psicosociales que son los que más afectan a las PCDM, como la Vigilancia de la salud. Con carácter previo, se ha analizado si el TCDM tiene la obligación de indicar, una vez ya seleccionado, que tiene esta discapacidad y se ha llegado a la conclusión afirmativa, pues pese a ser una condición de la personalidad protegida por el derecho a la intimidad (art. 18 CE), conlleva repercusiones e implicaciones en la prestación laboral que exigen el conocimiento de la empresa para poder cumplir con sus responsabilidades en el ámbito de la PRL. Asimismo, se ha considerado a las PCDM como Trabajadores Especialmente Sensibles a los riesgos laborales lo que determinará una especial protección por parte de la empresa.

En relación a la adaptación del puesto de trabajo, se han examinado los principales apoyos que precisan estos trabajadores, relacionados con: 1) el tiempo de trabajo (entendido en su concepción más extensa: duración del contrato de trabajo, período de prueba, duración de la jornada, turnicidad y trabajo nocturno -cuestiones merecedoras de un estudio específico posterior- y las adaptaciones en los tiempos en momentos de cambios de funciones); 2) la

necesidad de un proceso de acogida de la PCDM teniendo especial importancia la formación de la misma y 3) la posibilidad de permitir la empresa el seguimiento por parte de profesionales sociosanitarios para conseguir la adecuación del puesto de trabajo a la persona y de la PCDM al concreto puesto de trabajo y, de esta manera, posibilitar el mantenimiento del empleo y la plena satisfacción de la empresa por el rendimiento del trabajador.

Por su parte, sobre la Vigilancia de la salud de los TCDM se han analizado dos cuestiones interesantes: por una parte, el requerimiento exigido por el art. 25.1 párrafo 2º de la LPRL sobre la comprobación inicial por la empresa de las capacidades del TCDM en los casos en los que pueda haber peligro para el propio trabajador o para terceros y, por otro, los exámenes de salud y su periodicidad y el papel más proactivo que para el resto de trabajadores que tiene que adoptar el Servicio de Vigilancia de la Salud en relación a estos trabajadores y al seguimiento de su discapacidad, cuestión que es puesta de manifiesto por la doctrina judicial que se ha enfrentado a decisiones empresariales de ruptura del vínculo laboral por algún comportamiento no adecuado de TCDM. En general, se ha visto la necesidad de establecer un Protocolo específico para los TES y, en concreto, para las PCDM.

SÉPTIMA. En relación a la Protección Social de las PCDM que se encuentran en fase de recuperación o rehabilitación para el empleo existen varias prestaciones y ayudas económicas previstas. Unas se encuentran dentro del campo de aplicación del Sistema de Seguridad y otras son externas a éste. Se ha realizado un análisis de las mismas para comprobar en qué medida cumplen con las premisas de la Estrategia de Inclusión Activa de la Unión Europea. Sería recomendable una regulación legal estatal que promueva y exija la coordinación permanente entre las distintas prestaciones económicas de las diferentes Administraciones Públicas dentro del Marco de un Sistema de Protección Social para evitar situaciones de desprotección pero sin llegar a ocasionar la sobreprotección que impida la inclusión activa. Por ello, esta

regulación legal deberá establecer que el objetivo de dicho Sistema debe ser posibilitar la inserción social a través de la obtención de un trabajo y todas las medidas de protección social (económicas y técnicas) deben ir encaminadas a conseguir esta finalidad.

Por lo que respecta a las prestaciones económicas para PCDM que están fuera del Sistema de Seguridad Social, son básicamente las ayudas económicas dictadas por las Comunidades Autónomas dentro de sus competencias de Servicios Sociales pues de las prestaciones establecidas por la LISMI y ahora refundidas en la LGD, dos subsidios ya están suprimidos y el tercero, el de movilidad y compensación por gastos de transporte, no está diseñado específicamente para el colectivo de PCDM.

En relación a las ayudas económicas previstas por las CC.AA. antes indicadas, la valoración general es muy positiva porque son las únicas medidas prestacionales específicamente previstas para la situación de las PCDM que se encuentran en fase de recuperación para el empleo y tienen como objetivo conseguir que este colectivo se incorpore y se mantengan en dichos programas de reinserción laboral. Ahora bien, se propone las siguientes mejoras en su regulación:

a) Sería deseable una regulación nacional por parte del Estado, para que la atención social del colectivo no dependa del lugar de nacimiento y/o residencia. Para ello, se propone una regulación estatal, como la establecida por la Ley de Dependencia, con base como mínimo en la habilitación constitucional del art. 149.1.1ª CE.

b) Se precisa aumentar la dotación económica de las ayudas para, por un lado, poder cubrir el alojamiento, manutención y transporte de las PCDM incorporadas a procesos de recuperación y, por otro, incrementar la cuantía de la ayuda en función de circunstancias personales, familiares y del itinerario de inserción laboral (específicamente su incorporación a un proceso formativo).

c) Se debe posibilitar en mayor medida la compatibilidad con un empleo, sobre todo para los casos en que la PCDM se incardine en un programa específico de recuperación para el empleo.

ANEXO I: BAREMO DE VALORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL

(Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Introducido por Corrección de errores en el BOE de 13/03/2000). Síntesis de elaboración propia.

CLASE DE DISCAPACIDAD	DESCRIPCIÓN FUNCIONAMIENTO	DIAGNÓSTICO CLÍNICO	
CLASE I (0 por 100)	Presenta sintomatología psicopatológica aislada, que no supone disminución alguna de su capacidad funcional.	Cualquier trastorno mental de las cinco categorías en las que se clasifican, ya sea orgánico; esquizofrenia y trastornos paranoides; trastornos afectivos; trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos y trastornos de la personalidad.	
CLASE II: DISCAPACIDAD LEVE (1-24 por 100)	A) La capacidad para llevar a cabo una vida autónoma está conservada o levemente disminuida, de acuerdo a lo esperable para un individuo de su edad y condición, excepto en períodos recortados de crisis o descompensación. B) Pueden mantener una actividad laboral normalizada y productiva excepto en los períodos de importante aumento del estrés psicosocial o descompensación, durante los que puede ser necesario un tiempo de reposo laboral junto a una intervención terapéutica adecuada.	Trastornos mentales orgánicos	Cumplen con los criterios para el diagnóstico de trastorno orgánico de la personalidad; síndrome post-conmocional u otros trastornos mentales orgánicos.
		Esquizofrenia y trastornos paranoides	Cumplen con los criterios para el diagnóstico de esquizofrenia de cualquier tipo o trastorno paranoide.
		Trastornos afectivos	Cumplen los criterios de diagnóstico para cualquier tipo de trastorno afectivo.
		Trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos	Presencia de criterios de diagnóstico suficientes para cualquiera de los tipos de trastornos de ansiedad, adaptativos o somatomorfos.
		Trastornos de personalidad	Presencia de criterios de diagnóstico para cualquiera de los tipos de trastorno de la personalidad.

Anexo I: Baremo de Valoración de la Discapacidad por Enfermedad Mental

CLASE DE DISCAPACIDAD	DESCRIPCIÓN FUNCIONAMIENTO	DIAGNÓSTICO CLÍNICO	
CLASE III: DISCAPACIDAD MODERADA (25- 59 por 100)	<p>A) Restricción moderada en las actividades de la vida cotidiana (incluyendo los contactos sociales) y en la capacidad para desempeñar un trabajo remunerado en el mercado laboral. La medicación y/o el tratamiento “pueden ser necesarios de forma habitual”. Si, a pesar de ello, persiste la sintomatología clínicamente evidente: Que “interfiere notablemente en las actividades de la persona”: Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 45 y 59 por 100. Que “no interfiere notablemente en las actividades de la persona”: Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 25 y 44 por 100.</p> <p>B) Las dificultades y síntomas pueden agudizarse en períodos de crisis o descompensación. Fuera de los períodos de crisis: El individuo es capaz de desarrollar una actividad laboral normalizada y productiva la mayor parte del tiempo, con supervisión y ayuda: Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 25 y 45 por 100. El individuo sólo puede trabajar en ambientes laborales protegidos con supervisión mínima: Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 45 y el 59 por 100.</p>	Trastornos mentales orgánicos	Trastornos volitivos: Inconstancia, abulia. Labilidad emocional, cambios de humor.
		Esquizofrenia y trastornos paranoides	Persistencia de síntomas psicóticos por más de medio año. Dificultad marcada en la relación interpersonal o actitudes autistas.
		Trastornos afectivos	Episodios maníacos recurrentes; Depresión mayor de evolución crónica (más de dieciocho meses sin remisión). Mala respuesta a los tratamientos. Trastorno bipolar con recaídas frecuentes que requieran tratamiento. Como posible orientación: más de dos al año, más de cinco en los últimos tres años, más de ocho en los últimos cinco años... Depresión recurrente (incluso breve) con tentativas de suicidio. Presencia de síntomas psicóticos.
		Trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos	Cuadros que presentan crisis que requieran ingreso para su hospitalización. Grave alteración en la capacidad de relación interpersonal y comunicación.
		Trastornos de personalidad	Cumplir criterios para el diagnóstico.

Anexo I: Baremo de Valoración de la Discapacidad por Enfermedad Mental

CLASE DE DISCAPACIDAD	DESCRIPCIÓN FUNCIONAMIENTO	DIAGNÓSTICO CLÍNICO	
CLASE IV: DISCAPACIDAD GRAVE (60-74 por 100)	<p>A) Grave restricción de las actividades de la vida cotidiana (posibilidades de desplazarse, de preparar o ingerir los alimentos, de atender a su higiene personal y al vestido, de cuidar de su hábitat y realizar las tareas domésticas, de comunicarse y tener contactos sociales), lo que obliga a supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos.</p> <p>B) Grave disminución de su capacidad laboral, puesta de manifiesto por deficiencias importantes en la capacidad para mantener la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas y repetidos episodios de deterioro o descompensación asociados a las actividades laborales, como consecuencia del proceso en adaptarse a circunstancias estresantes. No pueden mantener una actividad laboral normalizada y con dificultad en centros de Educación Especial. Puede acceder a centros y/o actividades ocupacionales, aunque, incluso con supervisión, el rendimiento suele ser pobre o irregular.</p>	Trastornos mentales orgánicos	Presencia de alguno de los siguientes síntomas: Irritabilidad, ira inmotivada... Impulsividad con fallo en el autocontrol. Susplicacia y paranoidismo.
		Esquizofrenia y trastornos paranoides	Presencia de alguna de las características clínicas siguientes: Mala respuesta a los tratamientos con persistencia de la sintomatología. Necesidad permanente de tratamiento con internamientos reiterados. Asociaciones laxas de ideas, tendencia a la abstracción, apragmatismo. Síntomas alucinatorios y delirantes crónicos.
		Trastornos afectivos	Presencia de alguna de las siguientes características clínicas: Depresión mayor encronizada (más de tres años sin remisión apreciable). Trastorno bipolar resistente al tratamiento. Sintomatología psicótica crónica.
		Trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos	Presencia de alguna de las siguientes características clínicas: Cuadros con grave repercusión sobre la conducta y mala respuesta al tratamiento.
		Trastornos de personalidad	Trastornos de personalidad cuyas características clínicas reúnan alguno de los requisitos siguientes: Necesidad de internamiento. Graves trastornos en el control de impulsos. Alteraciones psicopatológicas permanentes y severas.

Anexo I: Baremo de Valoración de la Discapacidad por Enfermedad Mental

CLASE DE DISCAPACIDAD	DESCRIPCIÓN FUNCIONAMIENTO	DIAGNÓSTICO CLÍNICO	
CLASE V: DISCAPACIDAD MUY GRAVE (75 por 100)	<p>A) Repercusión extrema de la enfermedad o trastorno sobre el individuo, manifestado por incapacidad para cuidar de sí mismo ni siquiera en las actividades básicas de la vida cotidiana. Por ello, necesitan de otra u otras personas de forma constante.</p> <p>B) No existen posibilidades de realizar trabajo alguno, ni aun en centros ocupacionales supervisados.</p>	Trastornos mentales orgánicos	Presencia de alguno de los siguientes síntomas: Alteración de la esfera instintivo-afectiva. Perseveración ideativa. Deterioro cognitivo.
		Esquizofrenia y trastornos paranoides	Presencia de alguna de las siguientes características clínicas: Trastornos severos en el curso y/o contenido del pensamiento que afectan al sujeto la mayor parte del tiempo. Pérdida de contacto con la realidad. Trastornos disceptivos permanentes. Institucionalización prolongada. Conductas disruptivas reiteradas.
		Trastornos afectivos	Presencia de alguna de las características clínicas siguientes: Síntomas de depresión y/o manía (o hipomanía) constantes. Hospitalizaciones reiteradas por trastorno. Ausencia de recuperación en los períodos intercríticos.
		Trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos	Trastorno grave resistente por completo a todo tratamiento.
		Trastornos de personalidad	Presencia de perturbaciones profundas de la personalidad, que de modo precoz y con persistencia, produzcan sintomatología variada y severa, afectando los trastornos a las áreas instintiva y relacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV., *El Estado de bienestar en la encrucijada: nuevos retos ante la crisis global*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, Vitoria-Gasteiz, 2011.

AA.VV., (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, Edita Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Madrid, 2012, accesible en: <http://publicaciones.isciii.es/unit.jsp?unitId=enmt>.

AA.VV., FERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Guía de Productos de Apoyo para personas con trastorno mental*, versión electrónica accesible en: <http://www.fundacionmanantial.org/guia/guia.html>

AA.VV., "Introducción", *El neoliberalismo en cuestión*, Cristianisme i Justícia/Sal Terrae, Barcelona/Santander, 1993.

AA.VV., *Rehabilitación Laboral de Personas con Enfermedad Mental Crónica: programas básicos de intervención*, Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales, Consejería de Servicios Sociales, Comunidad de Madrid, 2001.

AA.VV., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Dir.) y GRAU RUIZ, A. (Coord.), *La Responsabilidad Social de las Organizaciones*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2013.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *La protección de datos en las relaciones laborales*, accesible en www.aepd.es.

AGENCIA EUROPEA DE SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN, *Acceptable Means of Compliance and Guidance Material to Part-MED*, 15 de diciembre de 2011, ejemplar fotocopiado.

AGUDO, A., "Es trabajo, no beneficencia. Los programas de inserción laboral de colectivos vulnerables son claves para su proyecto de vida", *Elpais.com*, 2 de junio de 2014.

AGUILERA IZQUIERDO, R., "El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva", *Aranzadi Social*, nº 5, 2003.

AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDIOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *Protección Social Complementaria*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2003.

ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo y Discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ÁLAMO GONZÁLEZ, C., CUENCA FERNÁNDEZ, E., LÓPEZ MUÑOZ, F. y GARCÍA GARCÍA, P., “Neurolépticos y fármacos antipsicóticos. Aspectos farmacológicos de la evolución del tratamiento de la esquizofrenia”, en CHINCHILLA MORENO, A., *Las esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos y terapéuticos*, Elsevier Doyma, Barcelona, 2007.

ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., “Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional”, *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo* (Internet), nº57, Suplemento 1, 2011, pp. 206-223.

ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J.M., “Los sistemas de servicios sociales en las Leyes autonómicas de servicios sociales”, *Revista Española del Derecho del Trabajo*, nº 152, octubre-diciembre de 2011.

ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J.M. y GARCÍA SERRANO, M. *Servicios Sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 16ª edición, Civitas, Madrid, 1998.

ALONSO OLEA, M., “Cien años de Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, nº 12-13, 1982.

ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, 2ª edición, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. en *La protección de las personas con discapacidad y en*

situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Tributario, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y MEDINA GONZÁLEZ, S. en *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., en ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

ANTHONY, W., COHEN, M. y FARKAS, M., *Psychiatric rehabilitation*, Center for Psychiatric Rehabilitation, Boston, 1990.

ARISTÓTELES, *Obras de Aristóteles*, puestas en lengua castellana por D. Patricio de Azcárate, Medina y Navarro, Editores, Madrid, 1873. Accesible en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01.htm>.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. DSM-IV TR. Manual de Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Texto Revisado, Director de la edición española LÓPEZ-IBOR ALIÑO, J. J., Editorial Masson, Barcelona, 2003.

AUGUSTO COLIS, J., "Capítulo 3: problemática y dificultades para la inserción laboral de las personas con enfermedad mental crónica", en AA.VV, *Rehabilitación Laboral de Personas con Enfermedad Mental Crónica: programas básicos de intervención*, Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales, Consejería de Servicios Sociales, Comunidad de Madrid, 2001.

AZNAR LÓPEZ, M. y OSUNA NOVEL, C., "Antecedentes", en AA.VV., *10 años del Servicio Social de Minusválidos (1972-1982)*, INSERSO, Madrid, 1983.

BALLESTER PASTOR, M. A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BALLESTER PASTOR, M^a. A., *El período de prueba*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BAYLOS GRAU, A., "Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social*, número 1, 1998.

BAYLOS GRAU, A., "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.

BLANCO DE LA CALLE, A. "El enfermo mental con discapacidades psicosociales", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Síntesis, Madrid, 2010.

BLANCO DE LA CALLE, A., "El enfermo mental con discapacidades psicosociales", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010.

BLANCO EGIDO, E., "El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea", en AA.VV., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición),

ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

BLANCO EGIDO, E., "El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea", en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J. *Curso de Seguridad Social*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BLASCO LAHOZ, J. F., "La calificación y revisión del grado de discapacidad", *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, 9, enero 2013.

BLASCO LAHOZ, J. F., *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013.

BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Pensiones No Contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., "No discriminación en razón de la discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación", en AA.VV., CARDONA LLORENS, J. et al. (Editores) y AZNAR GÓMEZ, M. J. (Coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BORRAJO DACRUZ, E., "De la Previsión Social a la Protección Social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, marzo 1989.

BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2002.

CABRA DE LUNA, M. Á., "Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004.

CABRA DE LUNA, M. Á., "Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004.

CABRA DE LUNA, M. Á., "Informe sobre contenidos más novedosos del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social", *Boletín Cermi.es*, enero 2014.

CABRA DE LUNA, M. A., entrevista publicada en Europa Press Social (epsocial), 13 de marzo de 2014.

CÁMARA BOTÍA, A., "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n 33.

CARDONA RUBERT, M. B. (Coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

CÁRITAS, CRUZ ROJA, FUNDACIÓN ONCE Y SECRETARIADO GITANO, *El empleo de las personas vulnerables: una inversión social rentable*, publicado por el Fondo Social Europeo en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013. Versión descargable en:
<http://www.fundaciononce.es/ES/Publicaciones/Paginas/Biblioteca.aspx>.

CARRERAS, P., "La adecuación de la formación y el empleo para personas con enfermedad mental", en *Revista de la Asociación Madrileña de Rehabilitación Psicosocial*, número monográfico de examen a la Rehabilitación Laboral, nº 13, 2001.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Prólogo" al *Tratado sobre discapacidad*, DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

CASAS BAAMONDE, M. E., "Derecho del Trabajo y Empleo", *Relaciones Laborales*, nº 4, 2012.

CASTRO CONTE, M., “Riesgos psicosociales y su relación con los tiempos de trabajo y salario”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 98, monográfico de los Riesgos Psicosociales en el Trabajo, 2012.

CERVANTES, M. de, *Don Quijote de la Mancha. Primera parte*, Edición Facsímil, 400 aniversario, Empresa Pública D. Quijote de la Mancha, Madrid, 2005.

CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número Extra 3 igualdad, 2007.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral. COM (2007) 620 final. Disponible en: www.ec.europa.eu/social.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, cermi.es, boletín semanal, nº 88, 15/07/2013.

COMUNIDAD DE MADRID, Consejería de Asuntos Sociales, Red de Centros de Rehabilitación Laboral de la Comunidad de Madrid, accesible en: <http://www.madrid.org>.

COMUNIDAD DE MADRID, Sistema VOIL de Valoración de Orientación e Inserción Laboral para personas con discapacidad, accesible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1142310100115&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pv=1354190551426.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la pobreza y la exclusión social en España. Informe número 8*, Editorial CES, Madrid, 1996.

CORDERO GORDILLO, V., *La igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en AA.VV., DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C., (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

CRISTOBAL RONCERO, R., “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53

(Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004.

CRISTÓBAL RONCERO, R., *Estatuto jurídico del personal investigador en formación*, Editorial Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

CRUZ VILLALÓN, J., “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV. (Director CRUZ VILLALÓN, J.), *Estatuto de los trabajadores comentado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

CUESTA GARCÍA, R., “Cláusulas sociales en la contratación pública: concepto y contextualización”, II Jornadas de Empleo y Discapacidad, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1 de marzo de 2007, ejemplar fotocopiado.

DE ASÍS ROIG, R. y CUENCA GÓMEZ, P., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Caba de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

DE ASÍS, R., CAMPOY, I. y BENGOCHEA, M^a. Á., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

DE FLORES, T., SOTO, A. y SÁNCHEZ, C., *Trastorno límite de la personalidad a la búsqueda del equilibrio emocional. Una guía para profesionales, familias y pacientes*, Morales y Torres Editores, sin fecha.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., “Proyecto europeo de inclusión activa de jóvenes con discapacidad. Valoración desde un Centro de Rehabilitación Laboral para personas con Enfermedad Mental Grave”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 22, septiembre-diciembre 2012.

DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA, C. y RODRÍGUEZ DE VELASCO, M., “Los procesos de búsqueda de empleo”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2012.

DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de Protección Social”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

DE LA VILLA GIL, L. E., “Prólogo” al libro de LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. Á., “El empleo de las personas con discapacidad, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV., LAORDEN, J. (Dir.) y TERREROS, J. L. (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. 1 Aspectos jurídicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., “La protección de los colectivos desfavorecidos: jóvenes, mujeres, minusválidos y personas de la tercera edad”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

DEL RÍO, E. “Los desafíos de la inserción social”, en BASTIDA, A. (Ed.) y RODRÍGUEZ, E. M^a. y MORALES, J. L. (Coords.), *La inserción sociolaboral: reflexiones sobre la práctica*, Editorial Popular, Madrid, 2001.

DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012.

DESVIAT MUÑOZ, M., “El devenir de la reforma psiquiátrica”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010.

DESVIAT, M., *De locos a enfermos. De la psiquiatría del manicomio a la salud mental comunitaria*, Ayuntamiento de Leganés, Leganés (Madrid), 2007.

DÍAZ GARCÍA, J. A., “Propuesta para la vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista Mapfre Seguridad*, Primer trimestre, 2005.

DUQUE GONZÁLEZ, M., *Becas y becarios. Camino de su regulación laboral*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

DURÁN LÓPEZ, F., “Contenidos constitucionales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Editorial Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

DURÁN LÓPEZ, F., “El período de prueba”, *Relaciones Laborales*, 12, 1988.

ELS, C., KUNYK, D., HOFFMAN, H. y WARGON, A., “Workplace Functional Impairment Due to Mental Disorders”, en *Mental Illnesses - Understanding, Prediction and Control*, Prof. Luciano LAbate (Ed.), InTech, 2012, accesible en línea en: <http://www.intechopen.com/books/mental-illnessesunderstanding-prediction-and->

[control/workplace-functional-impairment-due-to-mental-disorders](#)

EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Guía para un proceso de selección no discriminatoria*, editado por el propio instituto, Vitoria-Gasteiz, diciembre 2004.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Prólogo” al libro de ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo y Discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio”, en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad de los Centros Especiales de Empleo”, en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”, en AA.VV., ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.) y SOLA MONELLS, X. (Coord.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de Trabajo y Discapacidad*, Ibídem Ediciones, 1999.

ESTEBAN LEGARRETA, R., *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, Documentos 10/2003, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 5ª edición, septiembre 2003.

ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE DISCAPACIDAD 2012-2020, aprobada por el Consejo de Ministros de 14/10/2011, a propuesta de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad. Puede consultarse en: <http://sid.usal.es/libros/discapacidad/26112/8-4-1/estrategia-espanola-sobre-discapacidad-2012-2020.aspx>.

FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una tutela antidiscriminatoria*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del Sistema español de Pensiones no contributivas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Igualdad en el empleo y la ocupación”, *Temas Laborales*, 2007, número 91.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, en AA.VV., (Coordinador GARCÍA MURCIA, J.), *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Consejo del Principado de Asturias. Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2008.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó., “Trabajo formativo”, en AA.VV., GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El Trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, Gobierno del Principado de Asturias y Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Cizur Menor (Navarra), 2007.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Actualidad Laboral*, número 2, febrero 2013.

FUNDACIÓN ONCE, *Seguridad y salud en el trabajo para personas con discapacidad*, editado por la propia Fundación, Madrid, 2004, accesible en:

<http://repositorio.fundaciononce.es/seguridadysalud/CDFundacion/ESPA%C3%91OL/1-PRESENTACI%C3%93N%20INSTITUCIONAL/A1%20PRESENTACI%C3%93N%20INSTITUCIONAL.pdf>.

FUNDACIÓN PERSONAS Y EMPRESAS, *Libro Blanco Fórmulas Socialmente Responsables de Empleo*, editado por la propia Fundación con la subvención del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011. Puede descargarse una versión en pdf del documento en la página Web www.fundacionpersonasyempresas.org.

FUNDACIÓN PREVENT, *Guías de Adaptación de Puestos de Trabajo para Personas con Discapacidad*, accesible en: <http://www.fundacionmanantial.org>.

GALIANA MORENO, J. M., “Prólogo” al libro de GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002.

GARCÍA GARNICA, P., “Capítulo primero”, en AA.VV., *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, GARCÍA GARNICA, P., (Dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en AA.VV., *Derecho constitucional volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA MURCIA, J., “La integración laboral del minusválido: líneas básicas de nuestro ordenamiento”, en *Temas Laborales*, nº 7, 1986.

GARCÍA MURCIA, J., “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *Aranzadi Tribunal*

Constitucional, nº 13, 2000.

GARCÍA MURICA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (Dirs.) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (Documentación), *Legislación Histórica de Previsión Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en VALDÉS DAL-RE (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

GARCÍA VISO, M. e ÍÑIGUEZ DEL VAL, M., “Creación del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (1972-73)”, en AA.VV., *10 años del Servicio Social de Minusválidos*, INSERSO, Madrid, 1983.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RE, F. (Directores), *Seguridad y salud en el trabajo*, Editorial La Ley, Madrid, 1997.

GARRIDO PÉREZ, E., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales*, nº 59, 2001.

GARRIDO PÉREZ, E., “Prohibición de discriminación y la razonable adaptación de los puestos de trabajo”, en AA.VV., *Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Editorial CARL, Sevilla, 2008.

GETE CASTRILLO, P., “Sobre compatibilidad o incompatibilidad entre la pensión por invalidez permanente absoluta y trabajo afiliable a la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social y Sanidad*, VIII, número 3, 1979.

GETE CASTRILLO, P. *El nuevo Derecho Común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GIL y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, *Revista Relaciones Laborales*, número 15-18, 2012.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., “Estado social y acciones positivas: especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, en DÍAZ PALAREA, M. D. y SANTANA VEGA, D. M. (coord.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Editorial Reus, Madrid, 2008.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación”, en AA.VV., SERRA CRISTOBAL, R. (Coord.), *La discriminación múltiple en los Ordenamientos Jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. Y, en fin, AA.VV., CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (Dir.), *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, nº 21, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CASES, J. C., *Violencia en la pareja hacia mujeres con trastorno mental grave*, Tesis Doctoral, Departamento de Especialidades Médicas de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002.

GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

GOODWIN GREENWOOD, J., “History of disability as a legal construct”, en DEMETER et al, *Disability evaluation*, Mosby-AMA, St. Louis (USA), 1996.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, CES, Madrid, 1999.

HENDERSON, M., et. al., “Work and common psychiatric disorders”, J. R. Soc. Med., nº 104, 2011, (versión electrónica).

HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

IMSERSO, *Guía de Prestaciones para personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia*, edición 2013, Disponible en:

<http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/guiapresta2013.pdf>.

INSHT, Cuestionario FPSICO, versión 3.1, 2014, disponible en <http://www.insht.es>.

INSHT, Notas Técnicas de Prevención accesibles todas ellas en: <http://www.insht.es>

- 318, "El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral";
- 349: prevención del estrés: intervención sobre el individuo;
- 438: prevención del estrés: intervención sobre la organización;
- 443, Factores Psicosociales: metodología de evaluación;
- 490, Trabajadores minusválidos: diseño del puesto de trabajo;
- 534: carga mental en el trabajo: factores;
- 575: carga mental en el trabajo: indicadores;
- 659: carga mental en el trabajo: diseño de tareas;
- 860: intervención psicosocial: guía del INRS para agentes de prevención;
- 944 intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales (I);
- 945 intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales (II);
- 1.004, Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad.

INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo. Guía para empleadores*, 2012, Accesible en:

http://www.insht.es/PromocionSalud/Contenidos/Promocion%20Salud%20Trabajo/Ambitos/ficheros/SaludMental_Empleo_GuiaEmpleadores.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2012*, publicadas en diciembre de 2013, accesible en: <http://www.ine.es>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2013*, publicadas en diciembre de 2014, accesible en: <http://www.ine.es>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *El empleo de las personas con discapacidad 2008, 2010*, disponible en:

http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/sites/default/files/Empleo_Personas_Discapacidad_2010.pdf.

JIMÉNEZ LARA, C., "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes", en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

LAHERA FORTEZA, J., "Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

LALOMA GARCÍA, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

LANTEGUI BATUAK, *Método de perfiles de adecuación de la tarea a la persona*, 3ª edición, 2010, editado por este Centro Especial de Empleo y accesible en: <http://www.lantegi.com/>.

LIBERMAN, R. P. y KOPELWICZ, A., "Un enfoque empírico de la recuperación de la esquizofrenia: definir la recuperación e identificar los factores que pueden facilitarla", en *Rehabilitación Psicosocial*, 1(1), 2004.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., "Rehabilitación laboral y programas de empleo", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Síntesis, Madrid, 2010.

LÓPEZ CUMBRE, L., "Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial", en AA.VV., (Coordinador GARCÍA MURCIA, J.), *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, 2008.

LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M. J., *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011.

LÓPEZ GÓMEZ, A. y MORENO SANTIAGO, E., "Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con trastornos de la personalidad", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2012.

LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

LOUSADA AROCHENA, J. F., "El principio de igualdad entre mujeres y hombres en la legislación española", texto on line, accesible en: http://www.ugr.es/~filode/Articulo_Lousada_Arochena.pdf.

MALDONADO MOLINA, J.A. *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Primer premio de investigación Centenario del Nacimiento de la Seguridad Social en España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

MARTÍN, D., "Discapacidad y factores psicosociales", *Info Prevención. Boletín de la Fundación Prevent*, nº 108, 19/06/2012, versión electrónica accesible en

<http://www.fundacionprevent.org>.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., "Prácticas no laborales en empresas (Análisis crítico del RD 1543/2011, de 31 de octubre)", *Revista Actualidad Laboral*, número 6, Tomo I, marzo 2012.

MARTÍNEZ RIVERO, Á., "Tratamiento de la discapacidad en el Tribunal Europeo de Justicia", en AA.VV., DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y Principio de igualdad*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1998.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., "Sobre la preexistencia de lesiones y su compatibilidad con la declaración de la incapacidad permanente. El trabajo de los discapacitados", en RIVAS VALLEJO, P. y OTROS, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

MOLERO MANGLANO, C., LÓPEZ ÁLVAREZ, J.M., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C., "Del principio al derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), nº 251, 2004.

MONCADA I LLUIS, S., "Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva", en AA.VV., (Director AGUSTÍ JULIÀ, J.), *Riesgos psicosociales y su incidencia sobre las relaciones laborales y seguridad social*, Congreso General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

MONEREO PÉREZ, J.L. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*,

Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al Empleo”, en, AA.VV., *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Editorial Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 1999.

MONTAGUT, T. *Política Social. Una introducción*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Derecho de la Seguridad y salud en el Trabajo*, 2ª edición, McGrawHill, Madrid, 2002.

MONTOYA MELGAR, A., “Dirección de la actividad de la empresa. Art. 20 LET”, en AA.VV., (Director BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

MONTOYA MELGAR, A., “El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, nº7, 1983.

MONTOYA MELGAR, A., “El principio de igualdad y no discriminación. Presentación general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coordinador), *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Consejo del Principado de Asturias. Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2008.

MONTOYA MELGAR, A., “El trabajo en la Constitución”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

MONTOYA MELGAR, A., “La Seguridad Social Española: notas para una aproximación histórica”, *Revista de Trabajo*, nº 54-55, 1976.

MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 23, 2000.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 35ª edición, Tecnos, Madrid, 2014.

MORENO GENÉ, J. M. y ROMERO BURILLO, A. M., *El nuevo régimen jurídico de la*

Renta Activa de Inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre), Thomson/ Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑIZ, E. y NICOLÁS, M., "Capítulo 12: intervención con familias en el proceso de rehabilitación laboral", *Rehabilitación Laboral de Personas con Enfermedad Mental Crónica: programas básicos de intervención*, Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales, Consejería de Servicios Sociales, Comunidad de Madrid, 2001.

MUÑOZ LÓPEZ, M., PÉREZ SANTOS, E. y GUILLÉN, A. I., "El estigma de la enfermedad mental: definición e intervención", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010.

NICOLÁS BERNAD, J. A., "El futuro del sistema de pensiones tras la Ley 27/2011: una reflexión crítica", en *Revista Relaciones Laborales*, número 9, 2012.

NOGAREDA CUIXART, C., "Factores psicosociales: su incidencia y su gestión en la empresa española", en *Informe sobre el estado de la Seguridad y salud Laboral en España*. 2009, Ministerio de Trabajo e Inmigración e Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Grupo Editorial Cinca, Madrid, primera edición, marzo 2011.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de personas con discapacidad: Régimen jurídico*, Escuela Libre Edittorial, Madrid, 2000.

OIT, "La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean", Informe global de seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Editado por la propia OIT, Ginebra, 2007.

OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, accesible en: <http://www.ilo.org>.

OIT, *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación: directrices*, Editorial Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La "subjetivación" de las políticas activas de empleo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, CIE 10. *Trastornos mentales y del*

comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico (10ª rev.), Meditor, S.L., Madrid, 2004.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Mental Health: facing the challenges, building solutions*, 2005, accesible on line: <http://www.who.int>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Carga mundial de trastornos mentales y necesidad de que el sector de la salud y el sector social respondan de modo integral y coordinado a escala de país”, 65ª Asamblea Mundial de la Salud, 25/05/2012, accesible en http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA65/A65_R4-sp.pdf.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Salud mental: fortalecer nuestra respuesta”, Nota descriptiva número 220, marzo de 2014, accesible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/es/>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Mental Health Atlas 2011*, Department of Mental Health and Substance Abuse, 2011, accesible en: http://www.who.int/mediacentre/multimedia/podcasts/2011/mental_health_17102011/en/

PARLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, Informe del Parlamento Europeo sobre la salud mental [2008/2209 (INI)], de 28 de enero de 2009.

PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005.

PELLEGRINI SPANGENBERG, M., CAPUA, R. N. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó., “Desarrollo profesional en personas con trastornos psicóticos”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2012.

PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R. “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad”, en AA.VV. *Tratado sobre discapacidad*, DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R., “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad”, en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en AA.VV., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Capítulo III: La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Ley de Dependencia”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., con sus obras “Colocación y servicios de empleo en el Estado Social autonómico”, en AA.VV. (CALVO GALLEGO, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Directores), *Colocación y Servicios de Empleo*, Editorial CES, Madrid, 2011.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., *Iljobseeker: la tutela delle transizioni nel mercato del lavoro*, Tesis Doctoral inédita, Bolonia, 2009.

QUINTANILLA NAVARRO, B., “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario, 22ª edición, Espasa Calpe, 2001, 5ª actualización de 2011, accesible en <http://www.rae.es>

REBOLLEDO MOLLER, S. y LOBATO RODRÍGUEZ, M. J., *Cómo afrontar la esquizofrenia. Una guía para familiares, cuidadores y personas afectadas*, Grupo Aula Médica, Madrid, 2005.

RIVAS VALLEJO, P. Y OTROS, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Granada, 2009.

RIVAS VALLEJO, P., “Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, mayo de 2014, ejemplar electrónico.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos de futuro. Análisis de la situación de la población con discapacidad y de las entidades del movimiento asociativo y aproximación a sus retos y necesidades en el horizonte de 2020*, Colección CERMI.es, promovido por Fundación ONCE, Grupo Editorial Cinca, S.A., Madrid, diciembre 2012.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., *Servicios Sociales y cohesión social*, Premio de Investigación del Consejo Económico y Social, CES, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo (Asturias), 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Nuevas claves del Estado del Bienestar. Hacia una Sociedad del Bienestar*, Editorial Comares, Granada, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROJO CABEZUDO, R. M. (Dir.), *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2004.

ROMERAL HERÁNDEZ, J., “Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 98, Monográfico sobre los Riesgos Psicosociales, 2012.

ROQUETA BUJ, R., “Las últimas reformas en materia de incapacidad permanente: logros e insuficiencias”, *Relaciones Laborales*, 21, 2000.

RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31.

RUIZ CASTILLO, M. M., “Derecho a la intimidad y controles de salud en la persona del trabajador: sentencia TC 196/2004, de 15 de noviembre”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (Coord.: DE LA VILLA GIL, L. E.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.

SALA FRANCO, T., “La libertad de contratación empresarial”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Editorial Tecnos, Madrid,

1980.

SALANOVA, M., GRACIA, F. J. y PEIRÓ, J. M., "Significado del trabajo y valores laborales", en PEIRÓ, J. M. y PRIETO, F. (Eds.), *Tratado de Psicología del Trabajo. Vol. II: Aspectos psicosociales del trabajo*, Síntesis, Madrid, 1996.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, D. y CASTELLANOS ALCÁZAR, L., "Ergonomía psicosocial. Adaptación de puestos de trabajo y sistemas de apoyo para trabajadores con enfermedad mental: empleo con apoyo", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó., "Los procesos de orientación profesional en personas con enfermedad mental", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Ó. (Coord.), *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Editorial Grupo 5, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación", en AA.VV. (Directores: MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

SANTOS GUERRA, J. J., "Evaluación de riesgos para trabajadores discapacitados", *Revista del INSHT*, nº 16, 2001, accesible en: <http://www.insht.es>.

SASTRE CAMPO, A., "La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en VV.AA., PÉREZ BUENO, L. C. (Dirección y edición) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coordinación), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

SEMPERE NAVARRO, A. V., "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", en *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, número 9, enero 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDIOR, G., *Las Pensiones No Contributivas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 6, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "La política social (y

el fondo social europeo)", en, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Europea. Libro III. Políticas Comunitarias y las finanzas de la Unión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *Políticas sociolaborales*, Ediciones Laborum, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

SOBRINO CALZADO, T., "La Inserción Laboral de la persona con Enfermedad Mental Crónica", en *Revista de la Asociación Madrileña de Rehabilitación Psicosocial*, número monográfico de examen a la Rehabilitación Laboral, nº 13, 2001.

SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1986.

SUPIOT, A., "¿Por qué un derecho del trabajo?", *Documentación Laboral*, nº 39, 1993.

TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

THIBAUT ARANDA, J., "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *Relaciones Laborales*, nº 2, 2000.

TOMEI, M., "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, número 4.

TORRENTE GARI, S., *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad Permanente*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

TORRENTS MARGALEF, J., "Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

TRISOTTI BERNAIN, C., *Discapacidad en el empleo y en la ocupación: igualdad, no discriminación y acciones positivas en Europa*, texto on line, accesible en: <http://eprints.ucm.es/27465/>.

TUSET DEL PINO, P., *Cincuenta cuestiones básicas en materia de personas con discapacidad*, Grupo Difusión, Madrid, 2011.

TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona,

2000.

TUSSY FLORES, M., "Las políticas europeas contra la discriminación laboral de las personas con discapacidad", en AA.VV., PÉREZ BUENO, L. C. (Dir. y edición), ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

UNIÓN EUROPEA, *Active Inclusion of young people with disabilities or health problems. Briefing for National Correspondents*, 2010, Disponible en:

www.eurofound.europa.eu/docs/about/procurement/inclusion2010/specifications.doc.

UNIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*, Editorial Unión Europea, Luxemburgo, 2004.

VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación laboral)*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J., "Introducción", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", en VALDÉS DAL-RÉ, F. y QUINTANILLA NAVARRO, M. (Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2008.

VALMORISCO PIZARRO, S., *Políticas públicas de rehabilitación laboral para personas con enfermedad mental. Los Centros de Rehabilitación Laboral (CRL) de la Comunidad de Madrid (2008-2012)*, Tesis Doctoral inédita, Getafe (Madrid), enero 2015.

VÁZQUEZ VALVERDE, C. y NIETO MORENO, M., "Rehabilitación en salud mental: viejos problemas y nuevas soluciones", en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010.

VELA TORRES, F. J., "La invalidez como causa de extinción del contrato de trabajo", en ROJO CABEZUDO, R. M. (Dir.), *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2004.

VELÁZQUEZ, M., “Las Inspecciones de Trabajo europeas ante los riesgos psicosociales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 98, Monográfico a los Riesgos Psicosociales, 2012.

VILLAGÓMEZ MORALES, E., *Adecuación de puestos de trabajo para personas con discapacidad: repercusiones económicas y sociales*, Edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2001.

VILLALOBOS, E. y ZALAKAIN, J., “Delimitación conceptual de la inclusión social”, en AA.VV., (PÉREZ BUENO, L.C., Dir.), *Discapacidad, Tercer Sector e inclusión social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

YÁÑEZ SÁEZ, R., “La importancia del cumplimiento terapéutico en la esquizofrenia”, en CHINCHILLA MORENO, A., *Las esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos y terapéuticos*, Elsevier Doyma, Barcelona, 2007.

“La forma que una sociedad tiene de afrontar la desviación y la locura define su valentía social y la integridad de sus valores cívicos”

DESVIAT, M.⁵⁹⁹

“La capacidad de entusiasmo es signo de salud espiritual”

(Gregorio Marañón)

“No pierdas la ilusión o lo habrás perdido todo”

(En un bar de Zamora)

⁵⁹⁹ Psiquiatra. En, *De locos a enfermos. De la psiquiatría del manicomio a la salud mental comunitaria*, Ayuntamiento de Leganés, Leganés, 2007, p. 17.